Digitized by Google

B N C F
CF002511896
B.17
5.26

Digitized by Google

B.17
5.26

CF002511896
B N C F

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

17
5
26
A NAZIONALE
- FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
DOTTOR ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

JOHANNIS ZANGERI
ALIORUMQUE SUMMORUM JURISCONSULTORUM
DE
EXCEPTIONIBUS
ET
REPLICATIONIBUS
OPUSCULA SELECTA,
QUEIS
ZANGERI DE EXCEPTIONIBUS TRACTATUS
ITA SUPPLETUR,
UT
PARTIS SECUNDÆ
LOCUM
OBTINERE POSSINT,
COLLEGIT, PRÆFATUS EST, DISSERTATIONEM DE EXCEPTIONE JURIS GERMANICI, QUA EVOCATIONES ILLICITÆ DICUNTUR, NEC NON GEMINOS INDICES ADJECIT

HENRICUS CHRISTIANUS SENCKENBERG.
JURISCONSULTUS, ET CONSILIARIUS RHINGRAVICUS.

FRANCOFURTI AD MOENUM,
SUMTIBUS JO. BENJ. ANDREÆ ET HENR. HORT.
Anno M DCC XXXIII.

B. 17. 5. 26

Lecturis Salutem!

TRiennium & ultra est, ex quo Zangeri de Exceptionibus & Torturis Reorum Tractatus *Vobis* tradidimus. Probastis tum curam festinatam, quodque vix sperare ausi fuissemus, plausum dedistis. Excitavit Vestra benignitas tum Bibliopolam tum editorem, illum, ut circa Exceptiones majora conaretur, hunc vero, ut petenti operam suam hoc lubentius addiceret. Instituimus ergo quem contemplamini Tomum secundum de Exceptionibus conjuncta opera Vobis sistere. Dabit is luculentum Zangeriani laboris supplementum, atque multa propinabit, aut Viro omissa, aut etiam quæ melius dicta Editor optabat. Taceo nunc ipsum Zangeri de Replicationibus Tractatum, qui illi de Exceptionibus necessario Comes dandus, eo vero tempore quo primum Zangeriano operi manum admovit, Editori ne visus quidem fuerat. Potuissemus plura capita addere, sed cum opus turgeret, atque nundinæ ingruerent, desistere coacti fuimus; si tamen hic labor non penitus displicuerit, Tomum III. adhuc exspectabitis, quicquid fere de Exceptionibus dicendum restat, suppleturum. Frueris interea, *Lector*, hac collectione, quæ licet exiguæ operæ videatur, magno tamen sudore nobis constitit. Percurrendæ enim erant sexcentæ

Digitized by Google

& ultra de Exceptionibus Dissertationes, quas penus nostra libraria servat, ut inde quas maxime instituto accommodas judicaremus, eruere daretur. Quo judicio id factum, *Vos, Lectores*, arbitrabimini, si prius instituti rationem exposuerimus. Noluimus aut protrita, aut in ipso Zangero passim obvia, aut etiam integris Voluminibus junctim excusis inserta, supplementi Zangeriani in vicem dare, sed quæ rara, quæque deesse videbamus, in Dissertationibus sigillatim prostantibus reperienda. Inde vero est, ut ne unicam quidem Dissertationem alicui Volumini, quod sciamus inditam, invenire Vobis integrum sit, siquidem Stryckianam *de r. mediis causa vulnerata propter amissas in Processu Exceptiones*, demere velitis. Hanc vero ut reliquis adderemus, thematis raritas & usus admodum frequens à nobis exegerunt. Accessere nonnullorum queis Volumina Strykiana deerant preces; pauculas vero plagas negare velle, rusticitatis instar habebamus. In calce apposuimus propriam *de Evocationibus* in Germania prohibitis opellam. Disseruimus in ea libere, ex more; dissensimus à viris eruditissimis, nec auctoritatis præjudicio quicquam dantes, nec gratiæ, nec odio. Veritatis studio hæc omnia, & modeste. Veniat rectiora docens, lubentes assurgemus. Ab auctorum vero cumulatione in hac opella abstinuimus. Nemo adductus, nisi nobis visus & lectus. Reliqui quos alii jam excitarunt nobis non evoluti, apud eos, si tanta testium copiæ cupido, videri poterunt. Sed & hæc hactenus. Tractatiunculam nostram sequitur Index, nec ipse nullius laboris, in quo pro temporis angustia cuncta ordine proponere soliciti fuimus. In ordinando vero non semper communia principia sequimur, unde in Indice Exceptiones dilatorias nonnullas invenies, quas alii peremtorias dicere maluissent, rursus peremtorias, quæ aliis dilatoriæ sunt, & sic porro. Non miraberis hoc, utpote hominis antiquitatem

Digitized by Google

tem ejusque scita venerantis, non semper vero sequentis opus. De ratione vero facticave dubites. Ut alii nil sine Lege, sic nos nil sine ratione. Nunc ad σφάλματα typographica digredior. Horum multum imo nimium irrepsit. Absentis editoris & auctoris hic culpa núlla, cui si præsenti esse licuisset, copiam minimum erratorum avertisset, nunc vero nil aliud ei restat, nisi ut ad *Vestram, Lectores*, benignitatem confugiat, ab ea impetraturus, quod ab incuriosis suorum negotiorum typothetis impetrare non potuit, nimirum ut ipsi accuretis, quicquid erratum est. Requiretis fortasse erratorum indicem? sed eo sane nec doctis opus est, nec indoctis. Hi ob eruditionem, illi ob ignorantiam non utentur, neutri quantitatem mendorum in locum communem conductorum probabunt. Tutius ergo ab ejusmodi Syllabo abstinebimus. Id potius monendum erat, non omnia quæ in opusculis nostro studio collectis comparent, nos eo ipso probare; sed dare potius ea uti invenimus, licet nonnulla alium in modum scripta optaremus. Demere aut addere aliquid alienæ operæ nostrum non est. Neque enim tantum Juris in scripta nunc denuo producta nobis sumsimus. Eo minus ergo editori succensebunt vel illi qui sua denuo impressa vident, vel etiam ii, qui nonnulla contra veritatem aut non sine felle disputata existimabunt. Priores & hoc movebit, consensum quidem novæ editioni ut darent ipsos non requisitos, hoc ipso tamen dum eorum labores excuduntur, utilitatem publicam fuisse promotam. Quinimo ut nihil non objectionis cesset, ratum ut habeant quod fecimus, publice flagitamus. Revertimur ad id unde digressi sumus. Addi sane multa potuissent, quinimo fere debuissent, opusculis quæ nunc in unum corpus collegimus. Maximè ex controversiis forensibus, quæ aut auctores ignorarunt, aut post eorum scripta in lucem emissa demum contigerunt, nobis vero

notissimæ sunt. Sed negotiorum Dominicorum moles, cui uti Prometheus Caucaso affixi quasi cernimur, in præsens id non permisit. Absque his si fuisset, dedissemus casuum forensium ad hunc Tomum collectionem, quæ licet nunc differatur, fors non auferetur. Unicum tamen casum elegantissimum audire non pigebit. Illustrat is B. L. B. de Lyncker Dissertationem *de Beneplacito*, atque talis est: Civitas Wormacensis cum Ecclesiæ Cathedralis & reliquo Clero 1509. Transactionem inierat, quam defunctus Serenissimus ac Reverendissimus Princeps Episcopus cum aliis huc spectantibus pactis Moguntiæ 1711. in forma quarta denuo nitidissime edi curavit, præterea vero in Lunigii *Archivo Imperii Part. Special. Contin. IV.* 2. Theil *p.* 685. *sqq.* legitur. In hac præter alia §. 5. dispositum: Daß die Pfaffheit und ein jeglicher aus ihnen, Häuser, Aecker, Gärten, Wiesen, Weingärten, Baum-Gärten, und alle andere unbewegliche Gütere, in oder ausser der Stadt Worms gelegen, an sie oder ihr Capitel, Kirchen und Stifft nach ihrer Nothdurfft und Gelegenheit zu kauffen Macht haben, und keineswegs von denselben Gütern eins oder mehr in der Weltlichen Hände wieder zu verkauffen, über ihren Willen schuldig, pflichtig, oder verbunden seyn 2c. Cum vero anno ni fallor 1726. accideret, ut civis quidam Wormacensis ea conditione ædes suas Capitulo Ecclesiæ majoris hypothecæ loco esse statueret, quo non soluto intra tempus conventum credito, non alii quam Capitulo justo pretio venderentur; Magistratus civicus, sat jam ædium Clero, nec necessitatem emendi adesse prætexens, Clausulam jamdictam deletam voluit, atque Contractum confirmare abnuit. Contra Reverendum Capitulum sequens verbum transactionis **nach Gelegenheit** zu kauffen Macht haben, arripuit, atque præcedentem vocem Nothdurfft, qua Senatus causam suam tuebatur, ex posteriore explicandum contendit,

tendit, quasi scilicet hoc ipso Cleri Wormacensis beneplacito commissum esset, quoties & quandocunque immobilia comparare necessum judicaret. Diu de hoc beneplacito sine judicis interventu certatum, cum vero hoc modo incassum laboraretur, tandem sæpe nominatum Reverendum Capitulum Mandatum sine Clausula contra civitatem à Camera Imperiali impetravit, quo illa Clerum in libera facultate immobilia pro beneplacito proprio comparandi turbare, sub pœna X. Marcarum auri vetabatur. In termino civitas paritionis loco Exceptiones exhibebat, queis sub- & obreptum summo judici docere conabatur, in hanc sententiam: Verba illa, de quibus supra, nach Nothdurfft und Gelegenheit, Beneplacitum civitatis potius quam Cleri signare, ut nimirum postremum verbum Gelegenheit, idem sit acsi vernacula lingua dicas, der Sachen Beschaffenheit nach, quoipso Magistratui permittatur, de circumstantiis & emendi necessitate cognoscere. Præterea movebatur, si beneplacito Cleri in tabulis Transactionis coemtio immobilium permissa esset, superfluum fore verbum Nothdurfft, id quod affirmare, notissimæ de interpretatione Leges prohibeant. Adhæc in §. adducto ne actum quidem esse de comparandis immobilibus, sed an à Clero comparata onera ferre debeant, & itidem an quousque in hæc consentiatur, Clerus ab acquirendis etiam necessariis immobilibus arceri per Senatum possit? Indicare id verba ejusdem §. præcedentia: Zum fünfften, als der Rath und gemeine Burger, der Statt Wormbs meynen wollen, daß die Pfaffheit obgemeldt, von Häusern, Aeckern, Gärten, Wiesen, Weingärten, Baumgärten und allen andern unbeweglichen Gütern, die sie an sich kaufft oder bracht haben, kauffen oder bringen würden, Bürden und Beschwerungen der gemelten Statt wie andere Bürger zu gelten, und zu tragen pflichtig seyn solten; und aber die Pfaffheit von solchen Güt-

Güttern, die sie nach Nothdurfft an sich kaufft hätten, oder kauffen würden, solch Bürde oder Beschwerungen, zu tragen nicht schuldig seyn, oder auch dieselben Gütter in der Weltlichen Hände wieder zu verkauffen gedrungen werden solten. Adeo vero extra controversiam fuisse ipsum acquisitionis Jus, ut ejus non nisi incidenter haberetur mentio, hoc fini, ne sub obtentu ferendorum onerum necessaria comparatione Clerus prohiberi posthac queat. Esse vero multa tam transactionum quam alia loca, quæ verbi Gelegenheit verum sensum eum esse, quem Magistratus velit, innuant. Inprimis c. 26. transactionis de an. 1521. apud eundem Lunigium l. c p. 701. sq. adeo omnia in luce ponere, ut ne verbulo quidem ultra opus sit. Hic enim disertis verbis dici, wie die Pfaffheit Gefährlichkeit brauchen solten, nemblich in dem, wann jemand von der Pfaffheit liegend Gütter an sich erkaufft, und dieselbigen angezeigt haben, dergestalt, als wären sie derselben, nach Ausweisung der Verträg nothdürfftig, atque ab arbitris laudari, daß die von der Pfaffheit in solchem Kauffen und Anzeigen kein Geferd brauchen solten. Hæc vero verba plane nil præter necessitatem Clero, & beneplacitum num emtio venditio permittenda, Magistratui dare. Clerus contra principiis suis firmiter inhæsit, atque ea multis propugnavit, quæ ne nimii simus, conducere huc noluimus, alias enim & duplicæ civitatis dicendæ essent. Id unice monemus, verbum Gelegenheit in lingua Germanica sæpissime nos usurpare pro beneplacito ejus ad quem illud refertur, sic dicimus es ist mir gelegen, es ist mir nicht gelegen, es gefället mir nicht, rc. quæ omnia pro Reverendo Capitulo militare videntur. Contra pro sensu civitatis, ut nimirum τὸ Gelegenheit pro Beschaffenheit capiendum sit, facit, Leonhardi Schwartzenbachii Schreib-Formular Franckf. 1564. fol. sub vocibus Bescheidenheit & Gelegenheit, *Capitulatio Caroli V. art. 2. & 28.*

Ferd.

Ferd. I. art. 26. & sequentium suis locis, *Leopoldi I. vero art.* 36. ubi itidem die Nothdurfft und Gelegenheit des Reichs, circa idipsum tempus quo Declaratio transactionis 1521. confecta, conjunguntur, *Ferdinandi IV. art.* 40. necnon **Mayntzische Unter-Gerichts Ordn.** *de an.* 1521 *praf.* ubi dicitur daß der Ertz-Bischoff ein Ordnung nach seins Stiffts und Unterthanen Gelegenheit aufgericht, ut & *præsentis de Exceptionibus Collectionis p.* 1484. necnon *Rec. Imp.* 1594. §. 60. & alia plura loca, quorum cumulum dare possemus. Agnoscis ergo cuique parti esse suas rationes non de nihilo, mihi vero cum illic nec seratur nec metatur, sufficiat, occasione Dissertationis Lynckerianæ rationes utriusque partis adduxisse, & pro consueto in linguam patriam studio aliquid de proprio addidisse. Historiam autem Processus relationi amicorum debeo, qui an omnia ex vero retulerint, ego quidem dicere nequeo, instituto minimum factum satis. Tu si certiora amas, ut in rem præsentem venias operam da, decisionem vero ab æquissimo & prudentissimo judice expecta, tum de hoc beneplacito staturus. Ego vero præfamini huic in præsens finem impono, atque *Te, Lector*, ut studiis nostris faveas exoratum, hisce exantlatis, quamprimum per negotia licebit, *Collectionem novam Anecdotorum*, Francofurti patriæ meæ res inprimis concernentium, necnon *Historiam Rhingravicam pragmaticam*, & *Commentarium in B. Struvii Syntagma Juris feudalis* amplissimum Teutonico-Longobardicum, cui ornando ultra duo millia Diplomatum Anecdotorum præter auctores editos jam adhibuimus, exspectare jubeo. Salve plurimum! Dab. Dhunæ in pago Navensi Anno MDCCXXXIII. d. VIII. April.

CONSPECTUS OPUSCULORUM,

QUÆ TOMUS II. DE EXCEPTIONIBUS SISTIT.

1. JOHANNIS ZANGERI JCti Commentarius ad titulum Institutionum de Replicationibus, cum Comment. ad tit. de Exceptionibus. Witebergæ Saxonum 1586. prima vice in 8. editus.

2. Dissertatio de Exceptionibus hodierno fere foro accommodatis, quam sub præsidio JOACHIMI NERGERI J. U. D. Prof. Publ. Cur. Elect. Scab. Jurid. Facult. necnon Judicii Provincialis, quod est in inferiori Lusatia Assess. ad d. 17. Sept. 1654. publice examinandam exposuit Franciscus *Muhlmannus*. Witebergæ.

3. Dissertatio de inveniendis cauteque objiciendis Exceptionibus, quam Lipsiæ sub Præsidio ANDREÆ MYLII J. U. D. Instit. Imp. Prof. Publ. & Facult. Jurid. Assess. d. 12. Maji 1698. defendit Ioh. Augustus *de Ponikau*.

4. De Remediis quæ per modum actionis & Exceptionis proponi possunt, occasione L. 156. §. 1. ff. de R. J. sub præsidio ANDREÆ MYLII J. U. D. & Institut. Imper. Prof. Publ. d. 26. Febr. 1685. solenniter disputavit Christianus Fridericus *Keyser*.

5. Dissertatio Inauguralis, qua de eo quod interest inter actionem ipso Jure nullam, & ope Exceptionis elidendam, in Alma

Digitized by Google

Alma Leucorea Præf. GEORG. MICH. HEBERO J. U. D. & Professore Publico, necnon Curiæ Electoralis, Scabinatus & Facultatis Juridicæ Assessore, disputavit Gottlob *Leistenius*.

6. Dissertatio Inauguralis de Excipiente non confesso, occasione L. siquidem 9. C. de Except. seu præscript. quam Præf. IOH. SAMUELE STRYKIO, J. C. Serenissimæ viduæ Saxo-Isenacens. Consil. Aulico Profess. Publ. Collegii sui h. t. Decano, atque Academiæ Pro-Rectore in Alma Fridericiana d. 28. Apr. A. R. S. 1704. Eruditorum disquisitioni subjecit Augustus *Justus*.

7. De eo quod circa formale & fatale opponendarum Exceptionum in curiis Romano-Germ. ac Saxonicis hodie obtinet, Præf. BARTHOLOMÆO LEONHARDO SCHWENDENDOERFFERO J. U. D. Pandectarum in Philyr. Professore, Capituli Martisburgensis majoris Canonico, Facultatis Juridicæ ac curiæ provincialis Lipsiensis Assessore, Dissertationem publice ventilandam exposuit d. 21. April. 1670. Joh. Andr. *Vockrodt*.

8. Dissertatio de remediis causæ vulneratæ propter amissas in Processu Exceptiones, Præf. SAMUELE STRYKIO JC. &c. in Academia Regia Fridericiana d. 17. Jan. 1705. pro Licentia disputavit Andreas *Wagner*.

9. Dissertatio de eo quod extremum judicialem actum seu Executionem sistit & differt, Germ. Von Hemmung der Gerichtlichen Hülffe, oder Vollstreckung der Urtheile, Præf.

 JOHAN-

JOHANNE AMSELIO J. U. D. Profeff. defignat. Extraord. & fuprem. Boruff. Judiciorum Advocato in Academia Regiomontana à Joh. Chriftoph. *Aurbach.* d. 30. Aug. 1696. defenfa.

10. De foro geftæ adminiftrationis, Præf. JOH. PHIL. SLEVOGTIO, Doct. Philof. ac Juris, Pandectarum Profeffore, itemque Collegii Juridici & Scabinatus Affeffore, pro Licentia difputavit Joh Auguftus *Richter*. d. 20. Dec. 1690.

11. De Remiffione facinorof orum, eorumque Transportatione per Territorium alienum; Von Absolge und Durchführung der Maleficanten, fub Præf. ANDREÆ MYLII J. U. D. & Inft. Imp. PP. & facultatis Juridicæ Affefforis. Chriftian Siegfrid *Fritfch.* d. 20. Decembr. 1690.

12. Differtatio Inauguralis de foro competente & fubjectione Clericorum fub poteftate civili. Præf. CHRISTIANO THOMASIO JCto, Regis Boruffiæ ac Ducis Saxo-Numburg. Confiliario refpective Intimo, Profeff. Iuris Ordinario & h. t. Pro-Rectore & Facult. Jurid. Decano in Alma Fridericiana d. -- Junii 1709. defendit Johannes *Starcke*.

13. Differtatio Inauguralis de fingulari æquitate Legis unicæ Cod. quando Imper. inter pupillos &c. cognofcat, ejusque ufu Practico, Præf. CHRISTIANO THOMASIO JCto, Reg. Boruff Confiliar. Intimo, Academiæ Fridericianæ Directore, Profeff. Juris Primario Facult. Jurid. Præf. Ordinario & h. t, Decano d. 3. Nov. 1725. tuebitur Joh. Philipp. *Stoll.*

14. Dif-

Digitized by Google

14. Dissertatio Inauguralis de controversa Jurisdictione Ecclesiastica Principum Imperii in diversæ religionis subditos, in Academia Jenensi, Præs. CHRISTIANO WILDVOGELIO JCto, Duci Saxo-Isenacensi à consiliis intimis, Curiæ Provincialis Assessore, Collegiorum Juridicorum Seniore & Antecessore, defensa à Balthasare *Hornig* Mense Dec. 1728.

15. Dissertatio Inauguralis de illicita à principibus protestantibus provocatione, in causis Ecclesiasticis, Præs. HENRICO BODINO, Elect. Brandeb Consil. Eccles. in Ducatu Magdeb. & Profess. Jur. Ord. p. t. Pro-Rectore & Facult. Jurid. Decano d. 13. Sept. 1699. a Johanne *Putter* habita.

16. Dissertatio de Murmuratione præscriptionem impediente, in Academia Fridericiana, Præs. JOH. FRIDEMANN. SCHNEIDER. Ph. & J. U. D. Profess. Jur. Extraord. & Facult. Phil Adjuncto Resp. Levin. Christian. *Luedecke* mens. Decembr. A. O. R. 1704. defensa.

17. Dissertatio Inauguralis de prærogativa morum Germaniæ in concursu cum Legibus receptis, Præs CASP. HEINRICO HORNIO J. U D. Pand. P.P. Curiæ Provinc. Scabinatus, Facultatis Juridicæ, necnon Judicii Provincialis in Marchionatu infer. Lusatiæ Assessore. Wittenbergæ d. 13. Oct. 1702. Resp. Joh. Eliæ *Treibero* proposita.

18. Dissertatio Inauguralis de defensione necessaria Extrajudiciali, vulgo Nothwehr oder gedrängten Todtschlag, Præs. CHRISTOPH. PHIL. RICHTER. JCt. & Antecess. Consil.

Sax. Curiæ Provincial. & Scabinatus Assess. Primar. Facult. Jurid. Ordin. Jen. d. 1. Jun. 1665. Resp. Iohannes *Valentini.*

19. Dissertatio Inauguralis de abolitionibus & Jure tertii circa eas, Pr. CHRISTIANO WILDVOGELIO, JCto, Ducis Saxo-Isenacensis Consil. Stat. Intimo, Curiæ Provinc. Assess. & Scabinatus necnon Facult. Jurid. Sen. & Antecessore Jen. d. 21. Jun. 1727. Resp. Polycarpus Christianus *Meckbach.*

20. Dissertatio Inauguralis de rebus minimis MAXIMILIANI HARTMANNI. Giss. d. 21. Mart. 1720.

21. Dissertatio de formis Procuratoriis, Præs. NICOLAO CHRISTOPH. LYNCKERO, JCto, hæreditario in Fluhrstætt & Kœtschau, Consiliario Saxo-Vinariensi Intimo, Antecessore atque Curiæ Provincialis Assessore primario. Resp. Ioh. Georg. *Gælgel.* Jen. 1694.

22. Dissertatio de Beneplacito, pro loco in facultate Jurid. obtinendo disputavit NICOL. CHRISTOPH. LYNCKER, JC. Ducum Saxon. Consil. & Profess. Jur. Ordin. Jen. mens. Majo 1677.

23. Dissertatio Inauguralis de Jurisjurandi invaliditate, von Ungültigen und vergeblichen Eydschwüren, Præs. eodem LYNCKERO, Resp. Frider. Gottlieb *Blumberg.* Jen. mens. Aug. 1688.

24. Dissertatio de cessatione Legis Anastasianæ. Præs. JOH. JOACH. SCHOEPFERO J. U. Licent. mens. Octobr. 1684. Joh. Samuel *Luedecke* defendit.

25. Dis-

Digitized by Google

25. Diſſertatio de Exceptionibus illiquidis ſigillatim Exceptione non numeratæ pecuniæ in Reconventionem deducendis, Præſ. CAROLO FRIDERICO MICHAELIS J. U. D. & Conſiſtorii Eccleſiaſtici Advocato Ord. Wittenberg. menſ. Jun. 1724. Reſp. Joh. Chriſtian. *Michaelis*.

26. Diſſertatio de tribus ſententiis conformibus, Præſ. JACOBO FRIDERICO LUDOVICI J. U. D. Profeſſ. Publ. & Facult. Jurid. Aſſeſſ. Hal. menſ. Januar. 1711. Reſp. Johann Gottfried *Burger*.

27. Diſſertatio de Jure Retentionis, Præſ. JOHANNE STRAUCHIO, Juris Conſulto & Anteceſſ. Conſil. Sax. Facult. Jurid. Decano & Seniore Curiæ Provinc. & Scabinatus Aſſeſſore. Jen. menſ. Decembr. 1688. Reſp. Joh. Juſtin. *Mühlpfort*.

28. Diſſertatio Inauguralis de rejectione ab actis, Præſ. JOH. SAM. STRYCKIO D. & Prof. Publ. Ord. Hal. d. 3. May A. R. S. 1700.

29. Diſſertatio Inauguralis de Errore calculi JOH. PHILIPPI SCHMIDII. Altorfi menſ. Majo 1665.

30. Diſſertatio de Renunciatione invalida, Præſ. WILH. HIERONYMO BRUCKNERO. Jen. d. 8. Aug. 1696. Reſp. Joh. Georg. *Schenck*.

31. Diſſertatio de Joco quam Præſ. JOACHIMO HOPPIO, J. U. D. Francofurti ad Oderam menſ. Jun. 1682. Elias Auguſtus *Strykius* defendit.

32. Diſ-

32. Dissertatio de rescindendis & non servandis Contractibus, Præs. JOHANN. FRID. BOECKELMANNO, Jurisconf. Elect. Palat. Consil. Intimo, Jur. Profess. Primario. Heidelbergæ Theodor. *von Holte*.

33. Dissertatio subitaria HENRICI CHRISTIANI SENCKENBERGII, Jurisconsulti, de Exceptione Juris Germanici, qua Evocationes illicitæ dicuntur, ex Juris Publici ac privati scitis, necnon usu fori, & multis monumentis Anecdotis conflata.

Sequuntur Probationes, & Index locupletissimus.

Digitized by Google

JOHANNIS ZANGERI, J.C.

COMMENTARIUS AD TITULUM INSTITUTIONUM DE REPLICATIONIBUS.

AD PRINCIPIUM TITULI ET §. 1. §. *Et si rursus* 2. & §. *Quarum* 3.

SUMMARIA.

1. *Replicatione defendit actor suam actionem ut ipsi salva sit.*
2. *Replicatio est contraria exceptioni & exceptionis exceptio: Quæ definitio exemplis illustratur nu. 3. & seqq.*
4. *Legatum rei alienæ quatenus valeat.*
5. *Exceptio liberationis tollitur per replicationem doli.*
6. *Liberatio dolo extorta nullius est momenti, etiamsi juramento sit firmata.*
7. *Hæc Replicatio doli an detur contra correum debendi.*
8. *Item contra confidejussorem.*
9. *Plures fidejussores quando dicantur rei debendi.*
10. *Replicatio tollitur per duplicationem.*
11. *De exceptione precii non soluti.*

12. *Duplicatio tollitur per quadruplicationem.*
13. *Rabulæ forenses dicuntur canes acerrimi, qui non nisi oblato cibo mansuescunt.*

1 QUemadmodum reus conventus intentionem actoris exceptione aliqua infringere conatur: ita etiam actor replicatione suam intentionem munire solet, ut hoc adminiculo & quasi fulcro actionis exceptio rei excludatur & oppugnetur, ac ipsius actio salva maneat & adjuvetur. *l. 2. §. replicationes 1. D. de except.* Abb. *in c. à nobis n. 15. de except.* Seb. Medic.
2 *in tr. de compens. q. 30. part. 2. n. 2. 3 4. & 13.* Ruin. *cons. 59. n. 3. vol. 1.* Nam ut Paulus scribit, replicatio est contraria exceptioni & quasi exceptionis exceptio, *l. except. 22. D. de except.* qua tamen opposita replicans veram esse exceptionem rei non fatetur. *l. non utique D. de except. c. exceptionem de reg. jur. in 6.* Fel. *num. 9.* & CC. communiter *in c. venerabilis de except.* Sebast. Med. *in tr. de compens. q. 30. part.*
3 *2. num. 15.* Exempli gratia: Legatarii post aditam hæreditatem legata sibi relicta petunt, vel actione ex testamento, vel actione in rem *l. 1. C. communia de legat.* Hæres excipit Falcidiæ locum esse. Defunctum enim quorundam pupillorum tutelas administrasse, quarum nondum sint rationes redditæ, nec reliqua soluta. Deinde esse quædam nomina in hæreditate, quæ ejus sint generis, ut ex iis tantum redigi non possit, quantum cautionibus vel instrumentis continetur. Quosdam enim debitores hæreditarios facultatibus esse lapsos, ut ab iis aut nihil aut parum exigi queat. Itaque si pupillis solvenda sint omnia, quæ ipsis ex tutelarum administratione debentur, & legatariis legata præstanda, vel nihil vel quadrante minus in hæreditate mansurum. Legatarii contra per replicationem postulant, ut hæres cum hæreditarias tum pupillares rationes & omnia instrumenta hæreditaria edat, ne in ejus sit potestate proferre ex his quæ velit, & legatarios aut toto legato aut parte ejus defraudare. Ad judicis ergo officium pertinet, hanc replicationem legatariorum considerare & explorare ea, per quæ probetur quantum sit in bonis. Quod si tantum inveniatur, ut soluta pupillis pecunia debita ex administratione defuncti etiam hæredi quadrans salva maneat,

Digitized by Google

maneat, condemnabitur hæres ſententia judicis ad legata legatariis relicta præſtanda, ut reſpondit Scævola in *l. penult. §. ult. D. ad. l. falcid.* Eodem modo legatarius petit rem ſibi ex teſtamento legatam, ut hæres eam tradat. Hæres excipit & fatetur legatam quidem eſſe rem petitam, ſed legatum eſſe inutile. Non enim fuit propria res teſtatoris, ſed aliena. Actor legatarius replicat. Etiamſi ſit res 4
aliena, tamen quia teſtator ſcivit alienam eſſe, ideoque legatum valere dicit. *§. non ſolum ſup. de legat.* Si ergo Legatarius probare poſſit hanc ſuam replicationem, exceptio rei excluditur & condemnabitur hæres ad legatum legatario præſtandum, *l. verius. D. de probat. d. §. non ſolum.* Simile exemplum deſumi poteſt ex *d. l. penult. §. ult. D. ad l. Falcid.* Pari modo poteſt actor petitione hæreditatis agens, ſi ei objiciatur à reo, quod hæreditatem vigore teſtamenti à defuncto conditi poſſideat, hanc exceptionem per replicationem doli aut metus elidere. *l. fin. C. ſi quis aliquem teſtari prohib.* Franc. Mant. *lib. 2. de conject. ult. volunt. tit. 7.* Hart. Piſt. *q. 29. in qq. Juris Romani.* Sic quoque datur replicatio doli contra exceptionem doli, modo qui excipit de lucro certet. Tunc enim exceptio doli per replicationem doli tollitur. *l. ſi mulier. 19. l. viro 39.* ubi Dd. *D. ſolut. mat.* Sebaſt. Medic. *in tr. de compenſ. q. 30. part. 2. num. 20.* Similiter ſi reus contra intentionem actoris ex- 5
ceptionem liberationis opponat, puta novationis, acceptilationis, reo permittitur contra eam uti replicatione doli, quod liberatio dolo malo ſit extorta. *l. ſi literarum 23. C. de ſolut. l. quidam debitor. 38. D. de dolo malo.* Etiamſi juramento confirmata eſſet. *gl. in l. 3. §. con-* 6
trarium verb. *liberationem. D. de contraria & utili actione tutelæ.* Phil. Dec. *in conſ. 110. incip. Vere ut puto. n. 9.* Quæ replicatio doli non 7
tantum adverſus eum, cujus dolo liberatio quæſita eſt, ſed etiam adverſus correum debendi dabitur, perinde enim reliqui correi debendi obligati manent, ac ſi nunquam liberatio facta eſſet, *l. quamvis 8. §. quanquam l. ſi pro uno 20.* ubi *gl. D. ad S. C. Vellej. l. ſenatus 35. §. ſi duobus 6. D. de donat. mortis cauſa.* Joh. Ronchigal. poſt Br. *in quæſt. 13. in l. ex duobus 16. num. 49. cum ſeqq. D. de duob. reis.* Quod obtinere 8
puto etiam in fidejuſſoribus dum modo ut duo rei debendi ſe obligarunt, puta ſi ut principales debitores in ſolidum ſimul & ſemel in eodem contractu ſe obligarunt, cum renunciatione omnium beneficio-

rum in specie & genere, Da sie sich als selb-schuldigere Einer für all, und alle vor einen, Sämtlichen und sonderlichen mit Renuncirung des beneficii excussionis & divisionis und anderer Wohlthaten verschrieben. Nec enim hic distinguendum puto, utrum animo novandi intercesserint, an simpliciter aut principales in eodem tamen contractu se obligarint,
9 uti Alex. *in cons.* 29 *num.* 36. *lib.* 7. *con*[illegible]*uit.* Plures enim fidejussores etiam rei debendi censentur, si hoc inter contrahentes actum sit, Bar. *in auth. hoc ita num.* 9. *C. de duobus reis.* Actum autem intelligitur, si ut principales in solidum cum renunciatione omnium beneficiorum se obligarunt. Alex. *d. cons.* 29. *num.* 36. vers. *Quinimo lib.* 7. Nam tunc non conveniuntur ut fidejussores, sed ut principales absque ulla discussione. Natta *in cons.* 52. *num.* 1. *vol.* 1. Andr. Gail. *lib.* 2. *obs.* 28. *num.* 6. Alex. *d. cons.* 29. *num.* 36. *lib.* 7. Roma. *cons.* 114. *num.* 2. & 3. Tiraq. *in tr. de rer. cons.* §. 31. *gl.* 1. *num.* 10. *&* 11. per *l. Reos* 11. *in pr. &* §. 1. ubi Roncheg. *num.* 87. *& seq. D. de duobus reis.* Ex quo textu colligitur & probatur reos debendi dici, qui principaliter se in solidum, Sämtlich und Sonderlich, Einer vor alle, und all vor einen obligant, etiamsi sint fidejussores. Joh. Schneid. *in pr. num.* 12. *sup. de duobus reis.* facit *Const. elect.* 17. *&* 18. *part.* 2. & ita in dicasterio nostro aliquoties judicatum memini, quemadmodum & per supra dicta verba renunciatio beneficii divisionis inducitur, etsi per se & disertis verbis non exprimatur. Caro. Moli. *tr. de Usur. quæst.* 7. *num.* 133. Jaco. Toming. *quæstio. illust. decis.* 47.
10 *num.* 7. Porro solet & replicatio actoris interdum esse iniqua, ideoque reo alia allegatione opus est, quæ duplicatio vocatur, ut hic & ibi: Ang. *num.* 9. Veluti emtor actione empti agebat adversus ven-
11 ditorem ad tradendum fundum venditum. Venditor excipiebat precium integre non esse solutum, ideoque emtorem non esse audiendum. *l. Julianus.* §. *offerri D. de acti. empti.* Bal. *in l. si traditio. num.* 3. *C. d. t.* Emtor contra hanc exceptionem venditoris objiciebat hoc modo: Fateor precium integre non esse solutum, sed quia de ea parte quam exigis fecisti mihi pactum de non petenda, ideoque hæc tua exceptio tibi nihil proderit. *l. Creditori* 5. *C. de pactis.* Hæc actoris replicatio justa quidem ab initio videtur, sed iniqua est. Quid enim si sub conditione ita convenerit, si emtor intra certum tempus venditori insulam ædificaret, eaque conditio intra illud tempus

pus

Digitized by

pus ab emtore adimpleta non sit? Reus sane hac sua allegatione seu duplicatione audiri debet, recteque hic emtor sine actione agens à judicio repelletur. *l. Julianus* §. *offerri* & ibi Jas. notat *D. de acti. emti.* Andr. Gail. *Lib. 2. obs.* 17. *num.* 2. & 3. Rursus si dupli- 12
catio prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio, adversus quam reus, si justam causam nactus sit, opponere potest, quadruplicationem, & deinceps multiplicantur nomina, dum actor & reus habebunt quod objicere possint *l. 2. §. pen. D. de except.* In judiciis tamen bene constitutis hæ allegationes, quæ per rabulas forenses aut proclamatores (qui velut canes acerri- 13
mi non nisi oblato cibo mansuescere solent, uti dixit Seneca, referente Tiraq. *in tr. de nobil. cap. 29. num. 8.*) potius ad causas protrahendas quam expiendas conquisitæ sunt, solent restringi, ne ultra duplicationem aut triplicationem litigatores progrediantur. *Constit. Elect. 18. par. 1.*

Ad §. Exceptiones 4.

SUMMARIA.

1. *Exceptiones rei cohærentes dantur fidejussoribus.*
2. *Fidejussores habent adversus debitorem actionem mandati.*
3. *Hæ exceptiones an dentur, si fidejussores renunciaverint omni LL. auxilio.*
4. *Renunciationes sunt stricti juris.*
5. *Intellectus L. ubicunque 61. D. de fidejuss.*
6. *Exceptiones rei cohærentes quæ dicantur.*
7. *Beneficium SC. Vellejani cur mulieri tribuatur?*
8. *Item beneficium restitutionis in integrum minori.*
9. *Intellectus L. in omnibus D. de regulis Jur.*
10. *Exceptiones personæ cohærentes non dantur fidejussoribus.*

DOcet in hoc §. Imper. quando exceptiones principali debitori competentes fidejussoribus dentur, quando non dentur. Ex exceptiones dantur fidejussoribus 1, ex persona rei & qui- 1

dem invito reo, quæ ipsi rei cohærent, nec ab ea divelli possunt, *l. ex persona 32. D. de fidejussoribus*, & recte: Nam ut hoc loco Justinianus scribit, quod à fidejussoribus petitur, id ab ipso debitore peti
2 videtur. Mandati enim judicio seu actione redditurus est eis debitor, quod pro eo solverunt. §. *penult. sup. de fidejussoribus l. ex mandato 20. D. mand. l. mandati. 14. C. de fidejussoribus. l. si pro ea. 10. C. mand.* Et hoc procedere existimo, etiam si fidejussores omni le-
3 gum auxilio renunciassent. Nam quo minus exceptionibus ex persona rei sibi competentibus fidejussores adversus creditorem uti pos-
4 sint, nihil impedimento est. Cum enim renunciationes sint stricti juris, nec in iis veniant nisi quæ sunt expressa, Soc. *in cons. 96. viso processu in fin. lib. 1. per l. ex pluribus D. de solut. l. emptor* §. Lucius *D. de pact.* Dec. *cons.* 460. *visa instructione num.* 11. Tiraq. *in præfat. L. si unquam num.* 128. *C. de rev. donat.* intelligendum est fidejussorem iis tantum renunciasse beneficiis, quæ ipsi renuncianti immediate, non mediate per personam alterius ex LL. dispositione vel etiam contractu competunt, arg. *l. qui liberis* 8. §. *Hæc verba.* 1. ubi Jas. *num. 2. D. de vulg. & pupillar.* Lud. Schrader. *in tit. sup.*
5 *de fidejuss. in 1. benef. fidejuss.* Non obstat tex. in *l. ubicunque 61. D. de fidejussoribus.* ubi Scævola ait: Ubicunque reus ita liberatur à creditore, ut natura debitum maneat, fidejussor tenetur. Nam hic textus restringi debet, ut tantum locum habeat in exceptionibus personæ cohærentibus, quæ fidejussoribus non dantur, ut dicam infra. *gl.* & Br. *in d. l. ubicunque.* Quod si *d. l. ubicunque* acciperemus de exceptionibus rei cohærentibus, sequeretur falsum esse id, quod Cajus in *l. exceptiones. 7. D. de exception.* respondit: exceptiones Rei cohærentes fidejussoribus dari, quales sunt exceptio rei judi-
6 catæ, doli &c. Id autem dicere nulla juris ratio suadet. Porro exceptiones quæ rei cohærent & fidejussoribus tribuuntur, sunt: Exceptio rei judicatæ, doli mali, Jurisjurandi, quod metus causa factum est, S.C. Macedoniani, S.C. Vellejani, non numeratæ pecuniæ, exceptio restitutionis in integrum, quæ minori 25. annis circumscripto datur, etsi quæ aliæ sunt, quæ rei cohærent. *l. Si cum argentum. 21. §. fin. D. de except. rei judic. l. exceptiones. 7. l. omnes. 19.* ubi Dd. communiter. *D. de exception. l. si mulier. 16. §. 1. D. ad Vellej. l. mulierem 14. C. eod. tit. l. tam mandatori 12. C. de non num. pecunia l.*

ex

Digitized by Google

ex persona 32 *D. de fidejussor.* Quod dixi exceptione S.C. Vellejani & restitutionis in integrum, quæ minori 25. annis circumscripto datur, rei cohærere in dubium vocatur. Nam hæ exceptiones videntur potius personales esse, & consequenter nec fidejussoribus competere, *l. in omnibus causis id observatur. D. de reg. jur.* ubi hæc regula traditur: In omnibus causis id observatur, ut quoties persona locum facit beneficio, ibi persona deficiente beneficium quoque deficiat. At beneficium Velleja ni & restitutionis in integrum tale est, huic enim minoris persona, illi persona mulieris locum facit: Consequitur igitur exceptiones has esse personales, & non reales, & propterea nec fidejussoribus competere. Sed sciendum est, 7
beneficium S.C. Vellejani tribui mulieri, non quod mulier sit, sed ideò quia mulier intercessit, & quod eam obligationem & intercessionem totam Senatus improbet. *l. si mulier.* 14. *D. ad Vellej.* Sic 8
& persona minoris sola beneficio restitutionis in integrum locum non facit, sed ideo restituitur, quia læsus est. *d. l. exceptionis* 7. §. 1. *D. de except.* Petr. Faber. *in l. in omnibus* 68. *D. de R. I. L.* 2. *C. de fidejussor. minor.* Franc. de Cald. late *in relect. ad L. si curatorem* in verb. *Minoribus num.* 49. 50. 51. *& seqq. C. de in integ. restit. minor.* Non obstat quod dicitur in *d. l. in omnibus causis* beneficium personale esse, ubi persona locum facit beneficio. Nam hæc regula accipienda est, ubi persona sola sine alterius causæ interventu locum facit beneficio. Petr. Fabr. *in d. l. in omnibus.* Veluti maritus ab uxore conventus non condemnatur, nisi in id, quod facere potest. Hoc beneficium vere personale est. *l. maritum* 12. *D. solut. matrim.* quia persona mariti locum huic beneficio facit, scilicet persona mariti sola: ideo enim hoc beneficium marito tribuitur, quia maritus est, at ubi præter personam aliqua causa beneficii desideratur, hoc beneficium personam egreditur, veluti exceptio Macedoniani, quæ filiofam. datur, causæ cohæret, *d. l. exceptiones. D. de except.* quia non datur filiof. ideo quia est filiusfam. sed ita si pecunia numerata filiofam. mutuò data sit. *l.* 1. *& t. D. ad S.C. Maced.* Similis est exceptio S.C. Vellejani & restitutionis in integrum, *d. l. exceptiones* §. *pen. D. de except.* Pet. Fabr. *in d. l. in omnibus* 68. *D. de R. I.* Hæ ergo exceptiones dantur & fidejussoribus propter ea quod causæ seu rei cohæreant, *l. exceptiones. D. de except.* Ex quo

colli-

10 colligitur, exceptiones quæ personæ tantum non etiam causæ cohæreant, fidejussoribus non competere *d. §. nostro* in verbo: *ecce*. Item exceptio ne quis condemnetur, nisi in id quod facere possit. *l. privilegia D. de reg. jur. l. 3. §. ult. D. de censib. l. sunt qui in id. d. l. patronus l. item miles & l. miles. D. de re jud. c. privilegium*, ubi Dyn. *de R. I. in 6.* Dd. *in l. & fidejussor. 24. D de re jud.* Gomez. *in To. 2. resolut. cap. 14. nu. 9.* Sic & exceptio restitutionis in integrum, quæ minori 25. annis tribuitur, personalis est eo casu, quando minor non adversarii dolo, sed reipsa læsus est, & propterea nec fidejussori minoris succurritur *d. l. exceptiones 7. in fin. D. de except. l. in causæ. 13. D. de minorib. l. 1. & 2. C. de fidejuss. minor.* Dd *in l. si pupillus 35. D. de recept. qui arb.* Gomez. *in d. to. 2. resol. cap. 14. num. 9.* nisi fidejussor ille minori successit *L. stichum 95. §. quod vulgo D. de solut.* Franc. de Cal. *in relect. ad L. si curatorem habens* in verbo: *Minoribus num. 48. C. de in integ. restit. minor.*

Dissertatio de Exceptionibus, hodierno fere Foro accommodatis; quam, sub Præsidio JOACHIMI NERGERI J. U. D. & Prof. Publ. Cur. Elect. Scab. Jurid. Facult. nec non Judicii Provincialis, quod est in inferiori Lusatia, Assess. ad d. 17. Sept. 1654. publice examinandam exposuit Autor FRANCISCUS MUHLMANNUS, Witteberga.

PRÆFATIO.

Contingentes nec necessarias, æternæque veritatis, Leges esse Propositiones, luce meridiana clarius; versantur namque circa hominum actiones, quæ contingentes sane; & licet ejusdem sint generis, eodem tamen modo & æqualiter quam rarissime se exhibent, in omnibus nec circumstantiis conveniunt. Quod vero non de omnibus præcipiant contingentibus, sed de his quæ ut plurimum h. e. plerumque & in plurimis casibus accidunt, eleganter dicitur in *l. 3. ad 12. usque ff. de Leg.* Si enim de omnibus acita etiam de raro contingentibus disponerent (quæ JCti præ-

prætereunt *l. 6. ff. de Leg.*) in infinitum certe Jus excresceret, id quod Reip. non expedit. Quum autem Leges generaliter concipiantur *l. 7. ff. d. t.* generalitas vero illa, ut de omnibus sub illis quæ subsumi possunt, universaliter intelligantur, intendit; recte hinc illis generalibus ipsa contigentia opponit. Iniquum enim, imo contra rationem ipsam foret, Lex ut indistincte omnibus in casibus, stricte & universaliter, prout generaliter concepta est lataque, observetur. Ea propter alio opus est Jure, nimiam quod generalitatem & universalitatem istius Legis restringat ac limitet juxtim. Hoc autem æquum bonum appellitamus, quod corrigit Legem scriptam, seu Jus, quodque positivum, in casu, quo illud propter generalitatem suam non procedit. In hac autem æquitate fundatæ sunt exceptiones per *pr. Inst. de Exc. l. 1. §. 1. & l. 12. D. de Dolo malo & met. exc. l. 1. de vacat. & excus. muner. l. 36. C. de transact.* qua ratione æquitatis esse dicuntur *Wesenb. de Exc. n. 8.* Quare quum non parum utilitatis, harum si naturam probe cognitam perspectamque pariter habemus, in nos redundet; de hac Exceptionum perquam utili materia, præeunte mihi Sacrat. Imperatore in *pr. Inst. t. t. ff. & C. de except.* disserere animum induxi. Ut vero ordine procedatur, qui secundum Baldum est modus agendi, quo sine nihil recte agitur, ac sine quo qui procedit, equum per caudam frenare dicitur. *Waremund. ab Ehrenb. de Fæder. lib. 1. c. 1. n. 147.* Idcirco exceptionum Etymologiam, Homonymiam seu æquivocationem, Synonymiam, Definitionem, Originem, Divisionem, Causam efficientem, Materiam, Formam, Finem, Effectum, Affinia & Contraria denique proponam. Cum DEO Ter Opt. Max. vero auspicor, bene namque cuncta geruntur & competenter, si rei principium fiat decens & amabile DEO. E contra, ubi is non est fundamentum, ibi nullius boni operis est superædificium. *c. cum Paul. 26. caus. 1. quæst. 1.*

THES. I.

PRiusquam vero quæ in ipsis rerum argumentis obtinent persequar, nominalem definitionem perlustrare non displicet. Usu enim vocis cognito, in ipsius rei perceptionem sæpe provehimur. Et nisi conveniamus in nominum significatione, de rebus certe non potest es-

se disputatio, *Matthias Steph. de Jurisd. lib.* 1. *c.* 1. Hoc ipsum quoque eximie declarat ac ostendit *Ulp. in l.* 1. *de J. & J.* cum inquit: Juri operam daturum, nosse prius oportet, unde nomen Juris descendat. Nominalem autem definitionem, tribus constare membris perspicuum est, scil. Etymologia, Homonym. & Synonymia, de singulis breviter.

THES. II.

Quum vero Sacratiss. Imperat. in *pr. Inst. de except.* ait: Exceptiones defendendorum reorum gratia, cum quibus agitur, comparatas esse, patet easdem instar armorum esse, quibus quis se defendit, inde exceptio dicta est, quasi quædam exclusio; excludit enim id quod in intentionem, vel condemnationem deductum est, *l.* 2. *pr. ff. de except.* Sed errant eximie, exceptionis etymon, ab excludenda actione esse, qui putant, quia *Ulp. in d. l.* 2. *pr.* non tam originem ejus explicat, quam exceptionem describit. *Mynf. ad rubr. Inst. de except. n.* 4. *Treutl. V.* 2. *D.* 26. *th.* 1. *lit. a.* Nec obstat, quod dicit, dicta est, vim enim potius, quam vocem Ulp. ponderat, teste *Wesenb. in π. C. de exc. n.* 2. *pr. ac Bach. ad Treutl. d. l. Ulpianus in d. l.* 2. verbo exclusionis rem ipsam & effectum respicit, quoniam exceptio excludit regulam i. e. vim ejus & potestatem, & efficit ut ne reus ad dandum, vel faciendum condemnetur, *Schneid. Inst. h. Fom. Disp.* 34. *ad Inst.* 9. 1. Descendit ergo Exceptio ab excipiendo; nonnulli hanc adducunt rationem, quod exceptione sic excipiatur actio intentata à debitore, quam in alium retorquemus. Verum, sicut cum ex regula detrahimus casus quosdam, excipere dicimur: Ita etiam quando actioni propositæ non esse locum contendimus. *Donell. ad rubr. C. de exc. n.* 11. *Mynf. ad rubr. Inst. h.*

THES. III.

Homonymiam quod attinet, hæc sane quam latissime hic se diffundit. Exceptionis enim vocabulum significat interdum arripere, complecti, ut maledicta, verba, sententias, mandata, dolores & hujus generis alia. Quod cum ab instituti ratione fere alienum, ad id

potius,

Digitized by Google

potius, quod præsens tractatio efflagitat, deveniendum. Accipitur vero aut late seu generice, pro omni defensione, sive ea replicatio sive duplicatio, sive triplicatio, sive quadruplicatio sit per *l. 2. §. 1. ff. de except.* §. 3. *Inst. de replicat.* Aut stricte & specifice pro ea, quæ actionem de jure Civ. subsistentem excludit *tit. ff. & C. de except.* & sic replicatio & quadruplicatio huic videntur contrariæ, prouti ϑ. ult. dicetur. Et hac acceptione τὸ excipere est excludere, vel eximere aliquid de numero & regula *dict. l. 2. h.* vocatur & conditio propter formulas, non, nisi &c. *in l. 22. h. t.* quarum tamen usus hodie nullus *Zang. P. 1. c. 3. n. 18. Tract. de Except.*

THES. IV.

Est autem exceptio actioni objicienda. Quid si actio nulla competat, vel quæ competierat, solutione, novatione, compensatione &c. sublata sit? Resp. quærendum hac in quæstione, an actio competat, vel Juris vel facti ratione, necne. Si Juris, certum est, Prætorem nullum actoris Jus deprehendentem actionem denegaturum *l. 27. in pr. de V. O. l. 30. de solut. l. 27. §. 1. de min. l. 26. §. 4. ex quib. caus. maj.* Sin facti (quod apud judicem pedaneum examinatur,) vel hoc puta solutionis, novationis &c. actor fatetur, vel inficiatur. Si fatetur & tum Prætor quoque actionem denegabit, cum ex facto isto constet, omne Jus agendi sublatum esse. Sin inficiatur, non sufficit simpliciter intentionem actoris negare, quippe quam per falsas probationes à judice imperito, vel corrupto forsan obtinere potest, sed ipsius facti solutionis &c. probatio reo est necessaria, quæ probatio fit post objectam exceptionem, quæ reum ipso jure tuetur *l. 9. de R. V. l. 34. §. 1. de O. & A.* Accurate ergo loquendo exceptio facti, seu intentionis, seu tibi non competit actio, nudam denotat allegationem, quia obligatio ipso jure sublata fuit, tolli vero via exceptionis & tolli ipso Jure regulariter opponuntur: & sine jure agendi nemo experiri potest *l. 5. §. f. ff. de negot. gest.* adeo ut si judici constet, actorem non habere jus agendi, debet eum à judicio repellere, etiamsi reus non excipiat *arg. l. 40. C. de transact.* Quia vero reus in facto sese fundat, ac proinde idem probare debet, huic exceptioni non omnem adimerem excipiendi vim, siquidem exceptio, ut litis ingressum im-

 pediens

pediens & à reſponſione & à litisconteſtatione reum liberat. *Nov. Ordin. Judic. Sax. T. XI. §. es wären dann. Dn. Carpz. Proceſſ. T. XI. art. 7. n. 25. & l. 2. Reſp. 58. Zanger. de except. p. 3. c. 20.*

THES. V.

Supereſt adhuc in definitione nominali ultima pars; Synonymia ſcil. ſeu quomodo alias exceptiones poſteriori illo ſignificatu nominentur. Varia autem in Jure ejus ſunt ſynonyma, *l. 14. l. pen. ff. h. t. l. 50. §. 1. de jndic. l. 8. l. ult. C. h. t. l. 13. C. de procurat. l. 29. pr. de except. rei judic. l. 11. l. 13. ff. h.* Vocantur enim Præſcriptiones *in cit. ll. add. D. Struv. Exerc. 46. Th. 3.* Unde inſcriptio tituli C. non concipitur de exceptionibus & præſcriptionibus, quaſi rebus diverſis, ſed de exceptionibus ſeu præſcriptionibus. *Donell. ad rubr. C. de except. n. 15.* quia verbum præſcribere inter alia ſignificat dictare (dictat enim reus & præſcribit, exceptionem opponendo actori, quomodo intentionem concipere, aut actionem ſibi dari poſtulare debuiſſet, *Zang. d. l. n. 12.*) & oſtendere alicui, quomodo ſe gerendum habeat & quid facto opus ſit, quod quilibet reus, qui exceptione utitur, facere intelligitur. *Vid. l. 34. §. 3. ff. de leg. 3.*

THES. VI.

Nec quicquam facere poteſt, quod nonnulli dicunt exceptionem à præſcriptione diſtare, ut genus à ſpecie, ut notat *Mynſing. ad pr. hic:* vel quod aſſerunt, diſtinctas diverſasque res eſſe, quia ſeparati tituli, *de except. & præſcriptionibus t. t. ff. & C. de except. t. t. C. de præſcript. long. temp. t. t. ff. de div. temp. præſcript.* Reponimus enim, quod præſcriptio generaliter accepta, ſit quævis exceptio *arg. rubr. C. de except. l. 23. ff. eod. l. pen. & ult. C. h. l. 91. ff. de Solut.* ſpecialiter vero uſurpata, quæ ex longa poſſeſſione proficiſcitur *t. t. C. de præſcr. long. temp. t. t. ff. de div. & temp. præſcr.* nihilque aliud quam exceptio temporis eſt *l. 5. §. 1. l. 12. ff. de Div. & temp. præſcr. l. pen. C. de præſcr. 30. ann. add. Zang. de except. P. 1. c. 3. n. 26.* ubi tamen vix ferri poterit, quod, exceptiones & præſcriptiones eſſe eaſdem, probare hoc ſimili vult, quia Legatum & Fideicommiſſum idem ſignificent. *l. 1. ff. de*

leg. 1.

Digitized by Google

leg. 1. *cum d. l.* 1. non de identitate, sed exæquatione, quæ cœlo distant, tractetur.

THES. VII.

Sciendum vero, exceptionem quæ in Legibus præscriptio dici solet, jam actionem perimere *l.* 29. *de exc. rei judic. l.* 91. *de solut. l.* 11. *l.* 23. *h. t. l.* 12. §. 2. *de inoffic. test.* jam saltim eandem differre, ut est præscriptio moratoria *l.* 2. *C. de prec. Imp. offer.* jam judicium omnino declinare, ut est præscriptio fori *l.* 13. *C. de procurat. l.* 29. *C. de pact. D. Struv. Præceptor meus adhuc colendus Exercit.* 46. Ɵ. 3. Exceptiones præterea præjudicia dicuntur *t. ff. de exc. præscr. & præjud.* de quo *Ravard. lib.* 1. *de præjud. c.* 7. *& seqq. Zang. part.* 1. *c.* 3. *n.* 31. 32. 33. Quidam exceptionem præjudicii appellant exceptionem præjudicialem: de qua prostant *tx. in. l.* 16. *&* 17. *l.* 18. *& l.* 21. *D. de exc. l.* 54. *D. judic. l. f. C. de petit. hered.* Dicta autem est hæc exceptio, quod per eam videatur præjudicium fieri quæstioni alicui, quæ cum ea, quæ in judicium deducta est, aliquam habet affinitatem, ita ut si hæc decidatur, & illa per consequentiam decisa esse intelligatur.

THES. VIII.

Hæc de nominali, nunc ad realem, quæ Interpretibus dicitur fax & anima totius tractationis, qua rectius percepta totum rectius percipitur negotium. Omnis vero reus, judicio qui contendere paratus ad defensionem suam, aut inficiatione utitur, aut depulsione, *Vinn. ad. pr. J. h.* Inficiatio est, cum negat ullam actori esse actionem, de eo quod petitur. Depulsio cum reus de actione confitens, tam in jure quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removet. Illa nunc defensio in usu Juris appellatur exceptio. Considerari autem ea potest quatenus proponenda adhuc, sicque Jus excludendi seu elidendi est id, quod ab actore intenditur, *D. Struv. d. Exercit.* Ɵ. 2. Vel ut proposita in judicio, quam acceptionem hic desideramus.

THES. IX.

Cum vero sæpe accidat, ut licet ipsa actio sit justa & Jure fundata, si per se consideretur; iniqua tamen sit adversus eum, cum quo

agitur *pr. & §. 1. J. de exc.* Unde exceptionem ita definit Theophilus, ut sit allegatio quædam reo competens, adversus actionem, quæ Jure Civ. sit inefficax, sed natura iniquas habeat vires: quam, cum adeo commodum genus præ se non ferat, ac de differentia specifica sileat, missam facio. Ego definitionem ex Ulpiano *l. 2. in pr. ff. h.* desumo, quæ hæc est, quod sit exclusio (legitima) quæ interponi actioni cujuscunque rei solet, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. *add. Bach. ad Treutl. V.* 2. *D.* 26. *Th.* 1. Alii cum Paulo *in l. 22. eod.* illam per conditionem describunt. Et, si quod res esset, dicendum, parum imo nihil in definitionibus hisce differentiæ invenitur, nisi quod illa formæ exceptionum substantialis; hæc earundem effectus specialiorem contineat designationem. *add. D. Struv. d. l. Th.* 2. Conditio autem vocatur respectu habito ad veterem formulæ præscriptæ modum *l. 1. §. 6. ne quid in flum. publ.* quæ tamen hodie relegata, cum quibuscunque verbis sive scriptis, sive non, fieri possit, de quo supra.

THES. X.

Quo vero hujus definitionis requisita innotescant, illa logice examinanda veniunt. Non ignotum, definitionem omnem genere & differentia constare debere, quæ & hic apparent. Generis loco exhibetur exclusio, seu jus excludendi, sicut enim actio in *pr. J. de Act.* definitur jus persequendi, ita quoque Jus excludendi ipsa exceptio erit, utpote actioni opposita. Differentia sumpta est 1. à formali; est enim exceptio legitima quædam exclusio, *l. 2. pr. h.* Si sc. probata sit à reo. Legitimum namque hoc est, à Lege quod probatur & secundum eam fit. 2. ab objecto in verbis hisce: Cujuscunque rei, & quidem ad excludendum id, quod in intentionem, condemnationemve deductum est; siquidem non tantum actioni intentatæ, sed & executioni exceptiones opponi possunt. 3. à subjecto, quod reus constituit: nihilque inter est, quod non expresse harum personarum fiat mentio, fit tamen ἐναλλαγὴν seu implicite. Hinc quando dicitur, quæ actioni cujusque rei solet opponi, nihil est aliud, quam quæ à reo actori objici solet: siquidem exceptio, ut accidens requirit subjectum.

Digitized by Google

THES. XI.

Ita vero exceptione elidi actionem intelligendum est, si actioni opponatur; nisi enim opposita fuit, nihil operatur, sed necessario sequitur condemnatio §. 1. *Inst. h.* Neque ante actionem exceptio proponi potest, ut in thesi antecedenti dictum *l. 2. ff. de Exc. l. 5. §. f. ff. de Dol. exc.* nisi in causa necessitatis, ut si dolose extrahat actionem actor, usque dum reus absfuturus est, per *l. si ita quis §. Seja ff. de V. O. Wesenb. in π. C. de except. n. 9.*

THES. XII.

De definitione hactenus, Originem nunc & causam exceptionum impulsivam investigare ac inquirere, animi fert lubentia. Adscribo autem eandem Juri naturæ sive Gentium partim, partim Juri Civ. Sunt enim ex æquitate, ut in præf. dictum, contra Juris rigorem & summam rationem introductæ *l. 1. §. 1. de Doli exc. l. 3. & ibi. Dd. ff. de J. & J.* in qua omnis defensio Jure Naturæ introducta, asseritur. *Vid. & §. 1. Inst. h.* adeo fit, quod licet excommunicatus ab agendi *c. 8. c. 12. de except.* non tamen ab excipiendi arceatur facultate *d. c. 8. c. 5. eod.* Deinde ex mente Vinnii sic argumentor: si exceptiones ex formula judicii natæ, judicia autem originem habent ex Jure Nat. primævo augmentum ex Jure Gent. *l. 2. pr. ff. de O. J.* (sic cognitum fuit judicium tempore Mosis *Deut. 24.* ibi: Non pervertes judicium advenæ & pupilli &c. *Jerem. 22.* Facite judicium & justitiam) quid ni & ipsæ exceptiones? Nec alicujus ponderis est illud *Corasii 2. Misce. c. 16. n. 10.* Exceptio est actionis exclusio, *l. 2. h.* & actiones Juris Gent. inventione sunt à Jure Civ. in ordinem positæ, ergo non ex Jure Nat. Non enim quærendum, unde actiones formam & normam acceperint, sed unde exceptio originetenus descendat. Hinc est quod Dd. volunt, eas in Paradyso ortum jam habuisse, exceptione enim usus est Adam, dum culpam violati mandati, de non vescendo pomo in mulierem Evam transtulit *Gen. 3. v. 12.* Quod vero obvertitur: Quid est origo? An non rei principium? ubi autem id dabis, si res ipsa non subsit? at res subesse non potest præterquam si forma adsit. Resp. Jure Gentium forma essentialis exceptionum consistit in sui defensione, modum vero defensionis expolivit Resp. Romana.

THES. XIII.

Divisionem quod attinet, plures passim traduntur, quas omnes hic commemorare ac recensere animus non est; Celebriorum hinc in Jure potissimum Civ. mentionem saltim faciam. Desumuntur autem vel à causa efficiente vel materiali, vel à fine & effectu. A causa efficiente quædam sunt Civiles, quædam Prætoriæ §. 7. *Inst. de exc.* Illæ quæ ex legibus, vel legisvicem habentibus descendunt, ut SCtis, Principum Placitis: Hæ vero ex Prætoris jurisdictione ortum trahunt *d.* §. 7. Plerasque prætorias esse, civiles perpaucas, notant *Giphan. Mynf. ad d.* §. *n.* 5. quin imo *Vinn. ad d.* §. *Inst.* hæc scribit: Exceptionum ex Legibus proprie dictis descendentium nulla mihi occurrit, arbitror tamen exceptionem rei judicatæ ex Lege 12. tab. esse; additque aliam ex 12. *tab.* si telum manufugit ad *d.* §. 7. *J.*

THES. XIV.

Ex Principum Placitis oritur exceptio divisionis inter plures fidejussores §. 4. *J. de fidej.* quæ ex *l.* 26. *ff.* & *l.* 3. *C. de fidejuss.* describi potest, quod sit fidejussoribus tributa, quorum si unus de toto conveniatur, is, si ceteri tempore litis contestatæ solvendo sint, non nisi in virilem partem tenetur. Incidenter hic fidejussorum beneficia tangere lubet; tria vero sunt: 1. Est beneficium ordinis seu excussionis, ut creditor prius debeat principalem debitorem usque ad succum & peram excutere. 2. Divisionis, de quo dictum. 3. Cedendarum actionum, ubi creditor fidejussoribus, qui pro confidejussoribus solverunt, actionem cedit. Oritur quoque ex Imperialibus Constitutionibus exceptio non numeratæ pecuniæ §. 2. *J. de exc. l. in contractibus C. de non num. pec. Fom. D. ad Inst.* 22. 9. 2. 3. & 4. *lit. c. p.* 470.

THES. XV.

Ex SCto descendit exceptio SC. Vellejani *t. t. ff. C. ad SCt. Vellej.* item Macedoniani *t. t. ff.* & *C. ad SC. Maced.* §. *pen. Inst.* quod cum eo qui in alien. pot. *vid. Carpz. in Processu Tit.* 12. *A.* 3. *n.* 31. quæ incidenter hic pertractantur, sunt enim peremptoriæ. Cui exceptioni locus, nisi filiusf. in rem patris necessariam acceperit mutuo pecuniam

l. 7.

Digitized by Google

l. 7. §. 12. ff. ad SC. Maced. Vel pater consenserit *l. 2. l. 4. & ult. C. eod.* Vel filiusf. paterf. factus debitum agnoverit *l. 7. §. ult. & l. 9. pr. ff. ad SC. Maced.*

THES. XVI.

Exceptionum à causa materiali fluentium altera divisio, quod sint vel in personam, vel in rem §. *fin. Inst. de repl.* §. 7. *J. h. l. 7. ff. eod.* In personam sunt, personæ quæ cohærent, aliis vero, ut successoribus & fidejussoribus denegantur. *l. 196. ff. de R. J.* v. g. est exceptio, quod quis ultra posse non sit condemnandus §. 36. *J. de act. l. 20. ff. de re judic.* Exceptio metus, doli &c. quibus de infra. In rem seu reales exceptiones sunt, quæ ex ipsa re petita veniunt, ut except. rei judicatæ, Jurisjurandi, transactionis &c. Et hæ & fidejussoribus & successoribus recte accommodari possunt.

THES. XVII.

Porro ab effectu vel Dilatoriæ sunt, vel Peremptoriæ, seu quod idem temporales & perpetuæ; Illæ actionem ad tempus suspendunt, quia ad certum obstant tempus, quo elapso totum amplius non habent §. 10. *J. h.* Hæ vero totius negotii cognitionem tollunt §. 9. *J. de exc. l. 2. C. de prec. Imp. offer.* quia agentibus semper obstant *d. §. 9. vid. §. 8. J. h. t. l. 2. §. fin. l. 3. ff. eod. l. pen. C. de exc. l. 7. eod.* De his peremptoriis verum est, quod *l. 112. ff. de R. J.* dicitur: Nihil interest (effectutenus) ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *V. Jacob. Godofr. ad d. l. p.* 486. *D. Struv. d. Exercit.* 9. 5. Mixtas nullo modo agnosco, cum quas tales Dd. fingunt, ad illas duas species referri possint. *Vid. Colerus ad c. 6. X. de exc. n.* 40.

THES. XVIII.

Dilatoriæ seu temporales, quatenus vel pertinent ad judicium, vel causam in judicium deductam, considerari possunt. Judicium seu ejus processum, quæ respiciunt, concernunt iterum vel ejus extrinseca, ut sunt exc. loci non tuti, aut temporis angusti, it. feriarum. *D. Struv. d. l.* Vel ejus intrinseca, personas scil. id constituentes, Judicem nim. respectu cujus judicium vel prorsus declinant, vel saltim differunt, utpote quæ sunt de extrinsecis judicii circumstantiis. Quæ

vero

vero declinant judicium, sunt exceptio fori declinatoria seu incompetentis *l. pen. & ult. C. de judic.* Exceptio Præventionis, except. Recusationis judicis. Quibus de commodius, primitus, quibus Reus modis forum sortiatur, si scimus, agere poterimus. Et quamvis multum intersit scire, ubi quis forum sortiatur, placet nihilominus quam brevissimis, rei hujus mentionem facere. Hoc autem quatuor præcipue fit ex causis, *Domicilii* scil. *contractus*, *delicti* & *rei* qua de agitur. De privilegiatis aliisque minus principalioribus *vid. Zang. c. 1. part. 2. n. 389. & seqq.*

THES. XIX.

Domicilium in loco originis, seu Domicilii Patris habere quem præsumitur *l. 3. C. de municip. & origin. l. 6. in pr. & §. f. l. 17. §. 11. ff. ad municip. l. 26. ff. de capt. & postl. revers.* Quemadmodum autem non solus fundi ingressus, ad retinendam possessionem sufficit, sed animus insuper & voluntas desideratur *§. idem placet Inst. per quas pers. cuiq; acqui.* Ita ex sola Domus inhabitatione aliarumve rerum, immobilium scil. in aliena Civitate aut regione seu territorio comparatarum & acquisitarum possessione, Domicilium non probatur, nec constituitur *d. l. 17. §. 13. ff. ad muncip.* Sed ex animo & voluntate alicubi Domicilium habendi *l. 4. C. de Divers. offic. & appar. Jud. l. 5. ff. de captiv. & postl. revers.* Ex quibus patet Domicilium aliud esse naturale, quod tam ex propria quam Patris persona acquiritur *l. 7. C. de incolis*; aliud vero accidentale, quod ex assumptione comparatur *V. Carpz. P. 2. Decis. 1. n. 7.* Quibus vero modis Jus Civitatis seu municipii quis consequatur, habet *D. Struv. Exercit. ult. 9. 49. & seqq.* De reliquis contracti Domicilii conjecturis *vid. Zang. c. 1. part. 2.*

THES. XX.

Ratione loci in quo Reus contraxit, ac ibi invenitur per clara verba *l. 19. ff. de judic. l. 1. ff. de eo quod cert. loc. l. 22. ff. si certum petatur.* obnoxius fit jurisdictioni, etiamsi Clericus sit. Non obst. *c. si diligenti 12. de for. compet.* Nam Pontificem abuti ratione *l. 38. ff. de pact.* autor est Jacobus Cujac. ad hanc legem *Zang. d. l. c. 1. part. 2. n. 108.* Contractum autem accipimus omnem, ita ut non tantum accipiatur pro eo, qui ultro citroque obligationem producit, quales emptio, vendi-

Digitized by Google

venditio, locatio, societas sunt &c. *d. l. 19. §. 1. & 2. ff. de V. S.* Sed etiam pro contractu quasi, quoties quis alicui aliqua ex causa obligatur. *Bocer. ad leg. contractus ff. de R. J. c. 1. n. 4.* & eam quoque vox hic loci complectitur obligationem, quæ ex delicto privato venit. *l. 1. l. 4. ff. de Oblig. & act.* Locus vero contractus intelligitur, in quo, ut quis solveret, se obligavit, licet alibi contractus sit celebratus *l. 21. ff. de O. & A. l. 19. §. f. ff. de judic. V. Zang. d. l. n. 140. & seqq.* Quod si de loco expressim non convenit, locus contractus erit, ubi negotium gestum est, *d. l. 19. §. 1.*

THES. XXI.

Ratione delicti, quod publicum est, sortitur quis forum 1. ubi illud est commissum *per l. 3. ff. de offic. Præsid. l. 7. §. pen. & l. f. ff. de accus. l. 1. & Auth. qui provincia C. ubi de Crimine ag. oportet. Nov. 69. c. 1. l. 1. C. ubi Senat. & Clar.* (excepto crimine læsæ Majestatis *l. 7. C. ad L. Jul. Majestat. vid. l. fin. C. ubi Senat. & Clar. it. c. 4. X. de judic.* quod solum Imperatorem Judicem habet, *adde dd. txx. l. un. C. si quis Imp. maledix. Ordin. Camer. p. 2. T. 2. §.* als nemlich für das Erste) 2. ubi est inchoatum *d. l. 1. C. ubi de Crim.* famosissima quæstio est, quis scil. locus delicti commissi dicatur, an is in quo est inceptum, an in quo consummatum; ut Cajus in territorio Titii explodit sclopetum, ac eo in Sempronii Territorio Mævium occidit. Puto esse Wesenbecio *ad d. tit. C.* subscribendum, sortiri forum Cajum & ubi delictum incœpit, & ubi consummavit, & *Colleg. Argentorat. Tit. de judiciis §. 232.* poterit tamen alter judicum alterum in Processu formando prævenire, ac præveniens solus puniendi facultatem habebit.

THES. XXII.

Si quis vero in confinibus duorum Territoriorum deliquit, uterque Dominus contra delinquentem recte procedit, cum in utriusque Territorio deliquisse quis videatur, maxime si cadaver amborum tangat territorium & sanguine signet, alias cum *Carpz. P. 3. Q. 110. n. 36.* quæstionem hanc judicis arbitrio committerem, *adde Wurmser. Exercit. 3. ad. Jus Publ. in Corollar.*

THES. XXIII.

Si de Re controversia sit, forum quis sortitur ubi res est sita *l. 38. ff. de judic. l. 1. C. ubi in rem actio*, id quod & in Clericis verum est *c. 3. & 5. X. de foro compet.* Duplici autem modo ratione ipsius rei agitur, vel ad proprietatem, vel ad possessionem consequendam. Quod attinet judicium petitorium, Imperatores *in l. fin. C ubi in rem actio*, expresse jubent, actorem rei forum sive in rem, sive in personam sit actio sequi debere. De possessorio textus satis perspicuus præsto est *in l. unic. C. ubi de poss. ag. oport.* ubi bene *Wesenb.* Forum competens propter delictum ibi est, ubi vis facta est: propter rem, ubi possessio instituenda est; hinc generale admittitur axioma: ibi de possessione vel quasi agi potest, res ubi constituta est; nec nocet, quod ille, qui vim fecit, in loco domicilii conveniendus sit. Quidam Resp. etsi interdicta sint personalia, in rem tamen scripta sint *l. fin. ff. de interd.* consule & *Colleg. Argent. π. de judic.* §. 248.

THES. XXIV.

Famosam supra reliquimus distinctionem, cujus nunc explicatio tangenda venit. Quod vero exceptiones judicium prorsus declinantes concernit, primo se sistit loco, exc. incompetentiæ, quæ datur I. respectu judicis, qui, ut ut alias sit omni exceptione major, dum in præsenti causa JDictionem non habet, judicare nequit: Deinde alia est exceptio contra judicem, quæ dicitur recusatoria: scil. competens quidem judex est, sed exceptione laborat. Nec interest sive sit ordinarius *l. 9. ff. de liberali caus. l. 2. C. de pedaneis Judicibus*: Vel delegatus, ut si non producat mandatum *l. 1. C. de mand. Princip.* aut mandatum sit revocatum *l. 58. de judic.* aut si intra præscriptum tempus delegatio non fuerit expedita *c. de causis 4. de offic. & pot. judic. deleg.* II. Respectu rei conventi, quo de modò diximus: *Vid. l. 19. §. f. ff. de judic. l. 1. C. ubi de crim. agi potest, &* denique *c. fin. de for. compet.* III. Respectu ipsius causæ, incompetentiæ exceptio datur, si judex supra suam judicet jurisdictionem *l. f. de jurisd.* Cum vero in præcedentibus explicavi fori competentiam, facili negotio ejus incompetentiam perspicere possumus, contrariorum enim cognito uno, facile cognoscitur & alterum per *l. 57. in f. ff. de manum. vindicta.*

Digitized by

THES. XXV.

Obſervatione autem dignum eſt, exceptionem hanc, ut ceteras Dilatorias, primo ſtatim in termino objiciendam eſſe & probandam. *Carpz. tit. 9 art. 2. §. 1. n. 2. & 26.* neque in ſcriptis eandem allegari ſufficit, cum ſuper ea ſtatim ſit pronunciandum, niſi notoria ſit. Notoria enim ulteriori non indigent probatione, nec in iisdem juris ordo obſervatur. *cap. ad noſtram X. de jurejur. add. Carpz. d. l. n. 9. &* 10. Quo fit, ut Principum de non appellando Privilegia, Cameræ Imperiali ſemel inſinuata (de qua neceſſaria inſinuatione *vid. Receſſ. Imperii de Anno* 1570. §. Wir ſetzen, ordnen, und wollen auch: *& Reinking. de Regim. lib. 2. cl. 2. c. 8. n. 49.*) & ob id notoria, ad declinandam provocationem, ad Cameram intentatam in ſcriptis ſaltim allegari ſufficiat. *Arum. in diſc. 5. ad A. B. concluſ.* 16. Oretenus ergo extra hunc caſum dicta exceptio proferenda *per. l. 5. ff. de judic.* ibi prætoris eſt æſtimare an ſua jurisdictio; recte vero *V. Weſenb. n. ſiquis in jus vocat n. 1. inf.* de caſu dubio accipit, ſi vero res manifeſta ſit, judicem incompetentem eſſe, tum citati ad comparendum non coarctantur: quorſum ſpectant verba *Lancellotti in ſuis Inſtit. Juris Canonici L. 3. T. 5. ſit tamen interdum ibiq; lit. d. p.* 621. bona notata. Ceterum, ut de privilegiatis & Exemtis à Jurisdictione Camerali iterum dicam, citati Cameræ autoritatem non contemnere valent, ſed venire debent ad privilegia alleganda, niſi velint expenſarum reſtitutionem ſentire.

THES. XXVI.

Quæ judicium porro declinat, eſt exceptio Præventionis, cui tum locus relinquitur, quando Reus, pluribus qui in locis, ob unam eandemque cauſam ſortitur forum, ad unum judicem legitime citatus ad alium poſtea vocatur, proinde illa eſt occupatio jurisdictionis alterius judicis. Hinc non nuda ſupplicatio, vel libellus Principi dependenti oblatus, nec ejusdem Reſcriptum præventionem producit, cum hoc ipſum *l. 1. C. quand. libell.* de ſummo Principe conſignatum ſit. *Carpz. d. l. art. 3. n. 21. 39.* Ejusdem effectus eſt, ut Reo ab inſtantia judicii abſoluto actor ratione litis pendentis ad priorem judicem, quaſi præventus remittatur. *Zang. c. 3. n. 3.* Ubi enim judicium cœptum eſt, ibi finiri debet *l. 30. ff. judic.* Nam inter duos jus æquale haben-

habentes melior semper est conditio prævenientis *arg. l. 7. & l. 30. ff. de judic. l. 5. in f. C. qui accus. non poss.* atque verum licet quis per unius horæ, quinimo unius momenti spacium præventus fuerit. Gloss. *in c. duob. vers. si non appareat X. de rescripto in sexto add. Carpz. d. l. n. 18.* Et hoc est quod vulgo dicitur primo occupanti locum esse concedendum *cap. 5. crucis X. de rescript.*

THES. XXVII.

Quod vero diximus de nuda Principi dependenti oblata supplicatione, hoc non procedit in Cæsareæ Majestati exhibito supplice libello, facit enim talis libellus præventionem & litis pendentiam, quia operatur litis contestationem, per quam in judicio quasi contrahitur *l. 3. §. 11. de pecul.* Estque hoc speciale jus Cæsareæ Majestatis, dummodo supplicatio fuerit insinuata. *l. 1. C. quando libell. Principi datus faciat litis contest.* Quod enim de Cæsarea Majestate asserimus, id & in Camera Spirensi locum habere statuimus, quia Eadem Imperatorem & Status Imperii repræsentat. Horum vice judicat. *Ordin. Cam. part. 1. tit. 12. §.* und solche *& tit. 27. §.* und soll der Verwalter *Carpz. d. l. n. 28. Colleg. Argentor. Tit. de except. Exceptione 37. p. 168.*

THES. XXVIII.

Duo ergo requiruntur, ut hæc Exceptio Præventionis subsistat, 1. ut reus unius ejusdemque rei causa plures habeat judices, 2. ut legitime ab uno sit citatus. *c. 1. X. de for. compet.* Illegitima enim citatio nullum producit effectum, nec constituit aliquem in mora, nec perpetuat jurisdictionem *Zang. d. l. num. 15.* Rectè hinc laudatus modo *Carpz. num. 43.* inquit: Unicum vere esse modum, hanc qui gignit exceptionem, legitimam nimirum citationem. Quid vero sentiendum, si judicum concursus præsto sit & quis à singulis judicibus ad domum citatus sit, ita ut constare nequeat, quæ nam citatio prior ad ejus notitiam pervenerit? ad hoc decidendum dist. cum *Zang. d. l. num 26.* quod si inferior concurrentem habebat jurisdictionem, cum superiore sibi ab eodem cumulative concessam, nullam inferior habet causam, cur superiori causam cedere nollet, cum cumulatione illa superior retinuerit sibi jurisdictionem eandem & majorem.

Digitized by Google

jorem. Quod si jurisdictione sint pares, vel inferiori cumulative Jurisdictio non sit concessa, liberum ipsis an sibi invicem causam deferre velint: Si vero in eo dissenserint, forte litigium componendum est. *arg. l.* 14. *ff. de judiciis*, nec litigantium erit eligere, quem velint judicem habere, cum hic potissimum de Judicum præ judicio agatur, quorum interest, ut eorum defendatur Jurisdictio *c.* 14. *X. de for. compet. l.* 7. *ff. de judic.* Nec obstat, quod Reo plures judices habente, actori detur electio *l.* 19. *§. ult. l. sed etsi suscepit* §. 3. *ff. de judic. l.* 25. *pr. C. de Episc. & Cleric.* hoc enim verum est re adhuc integra, non vero si citatio jamjam secuta.

THES. XXIX.

Citatio porro per contumaciam utriusque litigantis circumducta annullatur *l. properandum* §. 1. *C. de judic. l. & post editum* §. 2. *ff. eod.* ac consequenter præventioni locus esse nequit. Secus vero se res habet, si una saltim pars contumax exstiterit, sicque nihilominus effectus hujus exc. per citationem repræsentatur non solum propter autoritatem sententiæ seu rei judicatæ, qua Reo injuncta fuit responsio, cui præcise standum, nec retractare eam licet *l.* 207. *ff. de R. J. l.* 7. §. 1. *ff. de compensat.* Sed etiam quod citatio jam peperit effectum contumaciæ, tantum abest, ut annullata dici queat. Idem statuendum erit, qui Tr. de Except. *P.* 2. *c.* 13. *num.* 12. credit, quod per contumaciam actoris litis prudentia non inducatur, cum citatio in suo permaneat vigore *l.* 7. *ff. de judic. vid. Carpz. in Processf. T.* 9. *Art.* 3. *n.* 58.

THES. XXX.

Denique nec silentio prætereundum, quod & â Commissariis citatio emissa, litis pendentiam pariat ac Exc. præventionis judicio ordinario recte opponatur; Durante enim Commissione Jurisdictio judicis Ordinarii suspensa censetur per optimum tx. *in c.* 22. *verb. propter quod &c. X. de rescript.* ac urgeo universalitatem *l.* 7. *& l.* 30. *ff. de judic.* nec ferendus actor, ut desultoria levitate semel aditum judicem, qui emittendo citationem, insinuando suam roboravit Jurisdictionem, labore & sumptu fatigat reum, imo coercenda hæc perversitas. Ex quo patet Ordinarium Judicem queri non posse, si se prætereito, aliis delegatio facta fuerit. Limitatur vero hoc, si homines forte malitiosi existant, qui vel ex pravo affectu, vel Candidi-

corum

corum petulantia, Commissionis remedio abutantur, efflagitantes illud, saltim quo post litem finitam executioni se subtrahant, vel novis technis partem implicent adversam, & Processum Ordinarium jam institutum remorentur. Ex adverso & Commissariis opponi potest exceptio præventionis, cum de Principe non præsumatur, quod Jus per processum adhibitum auferre velit, cujus intentio certe illa Commissione fuit, ut utraque parte consentiente, Commissio pro tractanda compositione suscipiatur *l. 2. §. 16. ff. ne quid. in loc. publ. Carpz. in Processf. T. 9. Art. 3. n. 74. & n. 86.*

THES. XXXI.

Tertia judicii declinatoria suspecti Judicis exceptio est. *Zang. d. l.* quilibet enim Judex etiam ordinarius propter suspicionem removeri potest. *l. 12. C. de Judic. Nov. 53. §. 1. c. 4. X. de for. compet.* hancque sententiam vocant canonizatam *c. cum Speciali X. de appell. Vid. Oldend. Class. 7. Act. 1. p. 1069. Umm. Disp. 1. ad Proc. Th. 9. n. 52. Carpz. in Proc. T. 2. Art. 4. num. 82.* Si vero Princeps Commissarium dando addiderit clausulam remota recusatione, ille recusari non potest, nec ansam querulandi reus habet, cum si forte iniqua feratur sententia, ab ea appellare aut alio remedio suspensivo aut devolutivo uti posset *l. 1. §. 4. D. à quib. appell. non licet.* de levi verò non de gravi suspicione hoc accipiendum. *Zang. d. l. c. 4 n. 12.* Ceterum de suspicionum causis vid. *Zang. par. 2. c. 4. n. 14.* Quarum prægnantes sunt inimicitia capitalis, consanguinitas, amicitia, imperitia. *Marant. part. 6. n. 67.*

THES. XXXII.

Omnes autem Judices dari possunt, qui Jure non sunt prohibiti. Prohibentur autem quidam vel natura, vel lege, vel moribus *l. 12. §. 2. ff. de judic. l. 39. & l. 46. ff. eod.* Natura surdus, mutus, perpetuo furiosus, impubes *d. l. 12. & l. cum furiosus ff. de judic.* quia hi animi, illi corporis vitio impediti, munus judicandi obire nequeunt. De cœco aliud dicendum *l. 6. ff. de judic.* sicque Dd. sentiunt, quod possit antiquam dignitatem superveniente cœcitate retinere, novam autem non adipisci *l. 1. §. quamvis ff. de postul.* Removetur quoque à judicandi provincia minor 18. annis *l. 57. ff. de re judic.* qui, uti recte ampliat *Umm. d. Disp. 1. ad Processf. 1. th. 8. 46.* neque ex consensu litigantium, nec ex Decreto Principis, nisi forte ipsum dispensare voluisse

Digitized by Google

luisse constiterit, judex fieri potest, rationem quære in *l. 1. §. 3. ff. de postul.* Juris imperitum cum *Schnobelio Disp. 5. ad π.* quam nuper, cum Jenæ studiis invigilabam, publicitus defendi, non indistinctè arcerem ob *Nov. 82. pr.* cum possit causarum experimentum habere. *Vid. Bronch. Centur. 1. Assert.* 64.

THES. XXXIII.

Porro lege removetur, qui senatu motus est. *d. l. 12. §. 2.* & infamis *l. 2. C. de dign.* Nisi à Principe ex certa scientia datus sit judex. Principis enim scientia vim specificæ dispensationis habet, omnemque personæ defectum supplet. *Zang. d. l. n.* 53. Moribus, ut fœminæ *d. l. 12. l. 2. ff. d. R. J.* Discriminavit Jus Rom. fœminas à Viris olim in successione, dignitate, officiis & communi conversatione vitæ & publicis muneribus: nulla enim unquam ætas vidit fœminam, Equitem, aut Senatorem esse, nisi quod teste Lampridio, Heliogabalus matrem in senatu sententiam rogare jussit. Rationes vero remotionis hujus sunt, tum lubricitas & inconstantia judicii muliebris, tum quod honesto non sit consentaneum, ut viris misceatur & judiciis assideat. Nisi aliud consuetudo ferat aut fœminæ data sit Jurisdictio. Utrum & Consilium vel Senatus tanquam suspectus recusari possit? quod ad *θ.* 30. spectare poterat, communis Dd. quæ & usu observatur, sententia est negativa. *Bald. lib. 1. C. si rector provinciæ. Mascard. in tract. de probat. V. 2. conclus. 952. Gail. lib. 1. observ.* 33. Ni omnes essent suspecti, aut major pars, aut etiam unus magnæ autoritatis, cui alii contradicere non audent. *Bald. d. lib. 1. c. i. num. 72. de judic.*

THES. XXXIV.

Solent quoque Dd. judicii declinatoriam laudationis seu denunciationis exceptionem constituere, qua conventus actione potest autorem suum, qui ipsi de evictione obligatus est, laudare, quod est nominare & petere, ut ei lis denuncietur & ad locum judicii vocetur ad reum defendendum *l. 28. C. de evict. l. 1. & 2. C. ubi in rem act.* Hujus exceptionis formula hæc potest esse: Salva protestatione & reservatione erscheinet Beklagter Zufolge außgelassener Citation citra animum litem contestandi, sagend, daß er das quæstionirte Hauß, durch recht beständigen Kauff von N. N. an sich gebracht und Verkauffer ihm Evictiom verschrieben, so thut Beklagter seinem Verkauffer N. N. litem denun-

citen rechtlich bittend N. N. nechst Uberschickung hinc inde ergangenen Acten den Krieg-Rechtens anzukündigen, und lebet Denunciant des rechtlichen Vertrauens Denunciat sey im Rechten ihn zu vertreten schuldig. De denunciationis formali fine & effectu consule *Ummium in Disp*, 11. *ad Proc*. §. 8.

THES. XXXV.

Altera nunc sequitur Dilatoriarum exceptionum acceptio, quæ scil. de extrinsecis judicii circumstantiis sunt v. g. except. termini angusti, loci non tuti, & feriarum *Zang. p. 2. c. 5. 6. 7. D. Struv. d. Exerc.* 9. 5. *in f.* Fundata autem est except. termini angusti in *Auth. offeratur C. de litis contest.* Tempus autem quod reo in Jus vocato concedendum, congruum esse debet, de eo in causis Civ. *Vid. l.* 69. *l.* 68. *& l. & tertium ff. de judic.* In Criminalibus *Vid. l. inter ff. de judic.* In Criminalibus *Vid. l. inter ff. de judic.* post oblatum libellum, pro induciis deliberatoriis 20 dierum spatium *d. Auth. offeratur*, statutum est. Ad actionem prosequendam reo postulante, tribus Edictis peremtoriis citandus est cunctans, ut intra præfinitum tempus litem finiat. *Auth. qui semel. C. quomodo & quand. jud. Nov.* 112. *c.* 3. §. 2. Ad probationes vero petendas, prout vel cominus vel eminus probaturus habitet, quæ res judici pro circumstantiarum qualitate arbitranda est, 3. 6. vel 9. menses *l.* 1. *C. de dilat.* dati sunt pro temporis & locorum distantia & conditione, it. causæ gravitate ex æquo terminum vel contrahere vel extendere potest idem.

THES. XXXVI.

Loci non tuti exceptio, qua reus in jus vocatus coram Judice comparere recusat, quia sine periculo vitæ, corporis aut bonorum subeundo, judicii locum adire nequit. *Vid. l.* 3. *ff. ex quib. ca. maj.* quod & de Advocato & testibus verum est, cum omnibus locus judicii tutus esse debet *c.* 47. *X. de appell.* Appellitatur autem locus non tutus propter bellum, inimicos privatos, incarcerationem, torturam &c. *l.* 3. *ff. ex quib. ca. maj.* & propter loci pestilitatem, addo si in locis, per quos reus necessario transire cogitur, ut veniat ad locum judicii, aliquid de illis impedimentis timet. *c.* 4. *X. ut lit. contest.* Debet autem salvum citatus petere conductum, quem fidentiam, einen Geleit vocant, ut Judicii locus mutetur, vel differatur. Hujus exceptionis formulam in Camera Imperiali sic posse proponi: Practici ostendunt.

P.P.

Digitized by Google

P. P. Demnach zu recht wohlgeordnet, daß keiner an solchem Ort, da er in Sorgen und Gefahr stehen oder nicht sicher hinkommen, noch freyen Zu- und Abgang haben kan, ob er gleich dahin peremtoriè citiret würde, zu erscheinen schuldig, und unverborgen daß N. N. anhero zu kommen keine sichere Strasse, Wandel noch Wege habe, dahero die beschehene Ladung zuvor an ihr selbst Krafftloß ist, zum Uberfluß aber hat N. N. einen Excusatorem besage Vollmacht constituiret, welcher bittet vermöge Heil. Reichs-Ordnung zu Worms de Anno 521. zu erkennen, daß N. N. mit eingebrachter Exception Loci non tuti billig gehöret, und entschuldiget sey. Sique Judex huic exceptioni non detulerit, libere appellari potest *d. c. 47. X. de appell.* Huc trahe exc. loci inhonesti, ut est lupanarium *l. 21. §. 11. ff. de recept. qui arbitr.* de qua paucis Dd. tractant forte; quod nemo judicum adeò suæ autoritatis obliviscetur, ut in locum inhonestum citare vellet.

THES. XXXVII.

Feriarum Exc. quod attinet habemus *t. t. ff. & C. de fer.* Feriæ autem vel publicæ sunt, vel privatæ alicujus familiæ & collegii. Illarum usus prodest citato, quippe cum die feriato nihil, quod tumultum judiciarium excitat, peragendum. *Perez. ad tit. C. de fer. add. D. Beyer in Disp. Jenæ de feriis novissime habita.* Privatæ sunt, quæ in utilitatem hominum sunt inductæ, ut feriæ messium *l. 5. & 7. C. de feriis*, hæc autem exceptio & iis datur, qui in messibus non sunt occupati; licet enim litigantes non operentur, possunt tamen eorum Advocati, Procuratores aut alii quorum ope utuntur, occupati esse *l. 1. ff. de fer. ibique Wesenb. num. 7. V. Carpz. P. 1. Const. 3. def. 22. num. 6.* Refer huc Exc. impedimenti, quando reus justis ex causis, quæ tamen probandæ, comparere non potuit, judicique id indicavit. Justæ sunt causæ, Consulatus, Sacerdotium, Nuptiæ &c. *l. 2. 3. & 4. ff. de in jus voc. l. 22. eod. l. 5. §. 1. ff. quibus ex causis. Vid. Nov. 115. c. 5. §. meminimus l. f. C. de jur. de liber. l. 2. §. si quis, & §. f. ff. si quis caut. l. 53. §. 7. l. 60. ff. de re judic. l. 9. ff. ex quibus ca. maj.* quo brevitatis causa me remitto. Hujus Except. formula talis forte esse potest: P. P. Beklagter wäre in termino gern erschienen, wann ihn die grosse Wasser-Fluth und Ergiessung der Elbe notorie daran nicht behindert, wird derohalben pro contumace nicht zu halten, sondern ob except. notorii impedimenti billig zu entschuldigen seyn &c.

THES. XXXVIII.

De Exceptionibus Judicium differentibus hactenus, de iis nunc, ipsos quæ litigatores concernunt, agendum est. Hæ vero vel ex principalibus, vel ex accessoriis desumuntur personis. Principales dicuntur, ad quas revera causa & negotium pertinet, quanquam & Procurator litis Dominus vocetur, id tamen non nisi intuitu Processus verum est, & cum hic agatur de dilatoriis, quæ regulaliter ante litem contestatam proponuntur, minus commode Procurator hic refertur, quippe qui per litis demum contestationem Dominus salutatur. *Bachov. ad Treutl. Vol.* 1. *D.* 9. *th.* 3. *lit. A.* Tractabo autem de quibusdam litem differentibus Exceptionibus.

THES. XXXIX.

Prima est except. Legitimationis, quæ ad actorem & reum spectat, nam in omni judicio licet summario, personæ ante omnia se legitimare tenentur, adeò ut si hoc facere neglexerint, processus reddatur nullus. Hinc pupilli & minores absque tutorum curatorum autoritate ab agendo & excipiendo excluduntur *l.* 1. *&* 2. *C. qui leg. pers. stand.* Item Excommunicatus *c.* 12. *X. de Except.* Filiusfam. in rebus in quibus Patri ususfructus & actionum & Jurium exercitium competit. *l.* 9. *ff. de O. & A. it.* Surdus *l.* 1. *§.* 3. *ff. de postul. it.* Bannitus, deportatus. *l.* 17. *§.* 1. *ff. de pœn.* Infamis *l.* 15. *ff. de publ. judic.* Secunda except. non impetratæ veniæ, quæ est, qua reus, quod in Jus nisi venia prius impetrata vocari non possit, se defendit *t. t. ff. & C. de in Jus voc.* nec Discipulos Præceptorem non illum qui leviter operam mercenariam locat, sed eum qui cum parentibus æquali Jure colendus est, sine venia in Jus vocare posse ob *l.* 13. *ff. de in Jus voc.* statuo cum *Bachov. ad Treutl. Vol.* 1. *D.* 4. *th.* 6. *Lit. C.* Et Tertia except. Contumaciæ; quæ quamvis tam actorem quam reum spectet, in reum tamen magis & frequenter incidit. Ab actore eadem commissa, efficit ut reus ab observatione judicii & instantia absolvatur *l.* 13. *§* 2. *C. de judic.* & si denuò velit actor ad agendum redire, reus non cogitur illi respondere, nisi prioris termini facti sumptus refusi fuerint, cum cautione de lite prosequenda *Gail.* 1. *observ.* 59.

THES. XL.

Tribus autem temporibus contingere potest, ut actor tergiversa-

versetur, 1. in ipso citationis termino: 2. post citationis terminum, tamen ante litis contestationem & 3. lite jam contestata. Quæ singula diversos producunt effectus. Si in citationis termino actor se non sistat, reus liberatur ab instantia & ipse actor ad viatica, litisque sumptus reddendos reo condemnatur *l. 79. pr. ff. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens.* Si post citationis terminum ante litis tamen contestationem abesse cœperit; reum penes est, vel à loco judicii discedere (ita scil. ut refusis expensis citatio cassetur) vel postulare, ut in contumaciam actoris procedatur juxta formam *Auth. qui semel C. quomodo & quando Judex*. Sin lite jam contestata eandem deserit actor; judex constituet, sicut in *l. 13. §. 2. C. de judic.* sancitum ac constitutum est.

THES. XLI.

Quæ exceptiones alieno nomine à personis intervenientium petuntur, generali nomine appellantur procuratoriæ. *Bach. ad Treutl. V. 2. D. 26. th. 3. lit. d. & seqq.* Oriuntur autem vel ex defectu mandati, quod de substantialibus judicii instituti alieno nomine est. *Bald. in l. 12. de procur. n. 4.* vel licet mandatum præsto sit, insufficiens tamen aut nullum sit, *l. alienam C. d. procur.* quia suis essentialibus & formalibus destituitur. Neque sufficit allegare mandatum, verum insuper probari debet *l. 21. C. de probat.* Hujus rei effectus est, quod si reus omissa hac exceptione, litem simpliciter contestatus sit cum eo, alterius qui nomine agit, ejus personam approbasse videatur *l. 40. §. 3. ff. de procur.* Vel ex persona procuratoris, ut licet habeat plenissimum mandatum, sit tamen miles aut mulier *§. fin. J. de except.* ubi verba ultima ferè de eo procuratore intelligi oportet, de cujus infamia nondum constat.

THES. XLII.

De Exceptionibus Judicium respicientibus usque huc, sequuntur jam Exc. tam Processum, quam causam & actionem spectantes, quarum prima esse potest Exc. Guarandæ, idiomate nostro der Gewehr, à Guerra, quæ litem significat, dicta. *Carpz. d. l. tit. 9. art. 4. §. 1.* Non autem nudis verbis, sed realiter ab Actore est præstanda & in Actis consignanda. *Constit. Elect. 4. par. 1. ibi:* Die Gewehr soll würcklichen actu corporali angelobet werden, und soll nicht gnugsam seyn, dieselbe in Actis wörtlichen anzugeloben. Uti hoc repetitur *in Ordinat.*

proc. judic. lib. 12. *verf.* So soll ein jeder Kläger &c. *add. Carpzov. d. l. n.* 10. Cujus formula ſententionandi hæc: Würde Kläger die geſonnene Gewehr der Klage würcklichen angeloben; Inmaſſen ihm zu thun oblieget, ſo iſt Beklagter auf erhobene Klage ſich einzulaſſen, und den Krieg rechtens zu befeſtigen, auch weil er ſolches jetzo in eventum nicht gethan, die Unkoſten dieſes Termins auf richterliche Ermeßigung Klägern zu erſtatten ſchuldig. Ceſſat autem hæc Except. in Proceſſu executivo, niſi actor ſponte ad præſtationem Guarandæ ſe offerat; item in actione ſeu provocatione *ex L. diffamari C. de ingen. manum. vid. Carpz. d. l. num.* 41. 46. cum diffamatus in diffamatorio hoc judicio partes rei ſuſtinet, cum ad agendum provocet. *Carpzov. par.* 1. *Conſt.* 4. *defin.* 10. dum non tantum *à Carpzov. dd. loc. ſed & Matth. Colero ad c.* 2. *&c. dilecti X. de exc. num.* 17. *p. m.* 24. traditur, huic exceptioni in Proceſſu executivo locum nullum patere, dubitari poterat, quod *Coler.* tradat, quod Guaranda effectum evictionis habeat, ac ſit repromiſſio defenſionis rei contra alios actores, qui ipſi fortaſſe ſuper una eademque cauſa litem movere poterant: quæ ratio, cum etiam in cauſa executive intentata locum inveniat, in Proceſſu quoque executivo hæc exceptio opponi poterit; de qua tamen conſulendi erunt Practici.

THES. XLIII.

Præcedenti affinis valde except. ſatisdationis ſeu Cautionis, dum actor in loco judicii immobilia non poſſidet, aut in territorio Principis *l.* 1. *ff. de ſatisd. l.* 1. *§. & ſciendum, ff. de ſtipulat. prætor. l.* 12. *in pr. ff rem rat. haber.* quæ ad poſtulatum rei, meritò actori ad reconveniendum & expenſas, ſi reus abſolvatur, injungitur *l.* 7. *§.* 1. *ff. qui ſatisd. cog.* Præſtatur autem hæc ſatisfactio vel per datos fidejuſſores, unde fidejuſſoria dicitur, *l.* 1 *ff. eod.* vel per pignora, hinc pignoratitia, quæ tutior, plus enim cautionis in re quam in perſona *l.* 25. *de R. J.* ad hoc vero ut pignora actor conſtituat, cogi non poteſt *l.* 1. *&* 2. *ff. in jus voc. ut cant. l.* 25. *&* 8. *ff. qui ſatisd. coguntur.* Denique Juramenti fides deficientibus fidejuſſoribus & pignoribus interdum ſufficit, quæ cautio juratoria audit. *Nov.* 134. *c.* 9. *Vid. Carpz. d. l. art.* 5.

THES. XLIV.

Exceptio præjudicialis eſt, ſi reus dicat fieri præjudicium per actionem

Digitized by Google

actionem ab adversario institutam quæstioni principaliori *l. 16. & 18. de exc.* Quod sic accipe, si & majoris & minoris quæstionis actio inter easdem personas instituatur. Si enim experiatur tertius, præjudicii objectio objicientem effectu frustrabitur *l. f. §. 1. ff. de pet. her. l. 18. ff. h. t. l. 1. §. 1. fam. ercisc. l. f. C. de Ordin. judic. Vid. Zang. de exc. P. 2. cap. 10. n. 6. & seqq.*

THES. XLV.

Illam excipiat Exceptio litis pendentis, qua reus judicium in illa causa quam actor coram alio judice competente, jam ante per citationem cum causæ insertione emissam & insinuatam movit, declinat, & ipsum actorem eo, ubi judicium semel incœptum remitti petit, propter judicium ex necessitate susceptum, vel capturam alicujus de fuga suspecti aut sequestrationem bonorum litispendentia non inducitur. *Zang. par. 2. c. 13. in fin. Coler. de process. execut. P. 4. c. 1. n. 32. cum seq.* Pertinet huc exceptio Sequestri, si quis rem legitime sequestratam, ante litem decisam & rem judicatam repetierit, quod fieri non debet *l. 7. §. 2. ff. qui satisd.* itemque Except. continentiæ causarum non dividendæ *c. pen. X. de in integr. restit. l. 13. C de R. V.* & optimus tx. est in *l. 10. C. de judic.* Contingit vero hoc aut ratione subjecti, dum pro una re diversæ actiones competunt, aut ratione generalitatis actionum uti sunt tutela, negot. gestorum, nec enim hic unus articulus coram hoc, alius vero coram alio judice proponendus est *l. 1. & 2. ff. de quib. rebus ad eundem judicem eatur.*

THES. XLVI.

Libelli obscuri Exc. Processum præcipue spectans, est, si quis fundum in genere, omisso nomine fundi & loco vindicet. *c. 2. X. de libell. oblat.* Actor tamen obscura & ambigua etiam post litem contestatam, explicare & declarare potest, in Civilibus scil. & ordinariis causis *l. 5. §. f. ff. de R. V. l. 172. §. f. ff. de R. J. l. 66. ff. de judic.* In Criminalibus atque summariis longe aliter res se habet, ibi enim libellus generalis & obscurus nullus plane est. *arg. l. 3. ff. de accusat.* Sunt quoque casus, in quibus etiam generalis libellus admittitur; ut in judiciis universalibus, *ut petitione hereditatis, fam. ercisc. Wesenb. ff. de her. pet. n. 8.* Ineptus vero dicitur, si nulla adest causa petendi, aut posita est

est inidonea; opponitur deinde Exc. ineptitudinis libelli *arg. l. 2. in f. de form. & impetr. subl.* ut si in causa criminali libellus non habeat expressum tempus & locum delicti. *d. l. 13. ff. de accusat.* Notes ex Praxi, quod reus non teneatur dicere, in qua parte ineptus sit libellus, sed sufficit allegare ineptitudinem. *Vid. D. Nicolai in suo process. pag.* 118. Trahi huc potest Exc. prohibitæ cumulationis. *l. 11. pr. ff. de jurisd. l. 16. & l. 18. ff. h. Vid. l. 9. §. 1. ff. de tribut. Act. l. 76. ff. de leg. 2. l. 1. 24. ff. de V. S.* cum singulis controversiis singulæ actiones, unusque judicati finis sufficiat. *l. 6. ff. de Exc. rei judic.* Formula hæc ponitur: Demnach Kläger in übergebenem Libello querelam inofficiosi cum accusatione falsi testamenti & actione ad supplementum in einander vermischet, das doch widerwärtige Dinge seynd, zumahl per actionem falsi nullum prorsus testamentum esse intendiret, actio vero ad supplementum, aliquid relictum esse, contestiret, per querelam Letzlich iniqua præteritio & exheredatio geklaget wird, woraus überall nichts Einstimmiges, zugeschweigen darauf keine apta Sententia erfolgen kan; derowegen bittet Beklagter N. Klägern mit sothaner Cumulation abzuweisen, Beklagter aber refusis expensis zu absolviren.

THES. XLVII.

Reo insuper Exc. plus petitionis concessa est, qua actorem submovet, plus petentem, quam sibi debitum erat §. 10. *h. t. §. 35. de act.* Contingit vero hoc 4. modis 1. Re, v. g. Si petantur viginti pro decem debitis. 2. Loco, ut si id, quod Wittebergæ solvi debet, Lipsiæ simpliciter petitur. *t. ff. de eo quod cert. loco. t. C. ubi conv. qui cert. loc.* 3. Tempore, ut ante diem vel ante conditionem existentem si petatur, quam recte vocas exceptionem pacti de non petendo intra certum tempus §. 10. *h. t. l. 3. ff. eod.* Huic non inconveniens præscriptio moratoria, quam citra iniquitatem ac summum creditorum præjudicium, ex justa ac urgentissima causa, personis certis, quæ injuria temporum bonis lapsæ sunt, tempore legibus determinato, Suprema Potestas indulget; Idonea vero cautio requiritur, prout videre est *in l. 4. C. de prec. Imp. offer.* Et denique 4. Causa, v. g. si quis hominem stipulatus, Mævium petat; vel alternative stipulatus (quod regulariter non procedit: *Perez. ad Tit. C. de edendo*) Mævium aut decem, petat Mævium, vel petat decem, cum petitio alternativa esse debebat.

Hanc

Hanc vero exceptionem non prorſus deſuetudine eſſe inumbratam, patet ex fine *d. §.* ; 3. *J. de act. & exc. unic. X. de plus petitionibus.*

THES. XLVIII.

Exceptionem competentiæ inter peremptorias quidam ponunt, quia poſt litem conteſtatam in ipſa quoque executione poſſit opponi: Verius tamen eſt eam eſſe dilatoriam; Actionem enim inſtitutam prorſus non perimit, quæ tamen peremptoriarum natura §. 4. *J. de except.* Nam tamdiu creditori nocet, ſolutionemque debiti differt, quamdiu debitor facere non poteſt. Si vero ad pinguiorem perveniat naturam, & facere poſſe incipiat, exulat prorſus, neque hac reus amplius utitur. *l. unic. §. 7. C. de rei uxor. act.* Quibus vero perſonis competat *vid. §. 38. J. de act.* & Zang. *p. 2. c. 15. n. 5. & ſeq.*

THES. XLIX.

Dilatorias inter & Exceptio Spolii locum ſibi vindicat. Objicit autem ſpoliatus eandem iſti, qui jam contra eum actionem inſtituit & ante ſpoliavit, ut ante omnia reſtituatur; Spoliatus quippe ante omnia reſtituendus *c. 2. X. de Ord. cognit.* Et quanquam Jure Saxon. terminus probatorius omnis ſex ſeptimanarum & trium dierum ſpatio circumſcribatur. Landr. *lib. 1. art. 82. & Conſt. Elect. 16. part. 1.* Exceptionis tamen ſpolii probatio ſingulare quid habet, quoniam etiam in foro Saxon. ſecundum Jus commune intra 15. dies ſuſcipienda. *per ſanct. Clariſſ. in Ordin. proceſſ. judic. tit.* 11. §. Desgleichen wann einer &c. *in verb.* innerhalb 15. Tagen zum wenigſten ſeine Beweiß-Articul, ſamt den Nahmen der Zeugen und Urkunden übergeben, und binnen ſolcher Zeit ꝛc. Ex quibus apparet, intra prædictum tempus pleniſſimam non requiri probationem, ſed quod ſufficiat intra prædictum terminum articulos tantummodo, cum nominibus teſtium, vel copiis inſtrumentorum judici offerri, quantumvis probatio non plene abſolvatur. Vid. D. Taubm. olim hic JCtus famigeratiſſimus *D. 3. ex Proceſſ. judic. Sax. 9. 7.* Bartholom. Reuſner. *D. Inaugur. de Fato th. 147. Carpz. P. 1. Conſt. 6. def. 2.* Reſervat vero *Proceſſ. Judiciar. Sax. T. XI.* von *Exceptionen* §. Würde auch Klägern belieben, reprobationem intra iſtum terminum contra Spolii probationem, quæ tamen non conſcientiæ Actoris committenda, ſed teſtibus, aut inſtrumentis probanda eſt: D.

Taubm. *d. l. th.* 8. Carpz. *d. l. Const. 6. def.* 10. Licet vero hæc exceptio dilatoria sit, nihilominus tamen etiam post litem contestatam objici poterit, si forte de novo spolium factum proponatur. Mascard. *de probat. Vol. 2. Conclus.* 881. *n.* 1. *&* 2. Aut reus fidem faciat juramento, spolium ante litis contestationem factum ad ejus notitiam, judicio demum accepto, pervenisse *c.* 4. *X. de Exc. Carpz. d. l.*

THES. L.

Inter dilatorias eminet etiam Exceptio cedendarum actionum, quæ datur fidejussoribus solidum solventibus, ut eis creditor actiones contra confidejussores cedat. *l.* 36. *ff. de fidej.* quæ lex probat, eandem etiam post solutionem à creditore peti posse. *add. l.* 95. §. 10. *ff. de solut. ad l.* 76. *D. eod. tit.* Resp. quod non de confidejussoribus, sed de contutoribus agat, quorum diversam esse rationem, patet *ex l.* 39. *ff. de fidejuss. l.* 1. §. 13. *ff. de tutel. & rat. dist.* Vid. Carpz. *P.* 2. *c.* 17. *def.* 15. (2.) Resp. quod *d. l.* 76. agat tantum de in solutum acceptione. Vid. Carpz. *d. l. def.* 16.

THES. LI.

Exceptione sub- & obreptionis utimur, cum per falsas & fucatas preces, falsa vel narrando, vel vera supprimendo mandatum est obtentum. *Vid. t. t. C. si contra Jus vel util. publ.* Judex igitur contra mandatum excipientem de sub- & obreptione audiat, ne puniatur *l. puniri C. d. t.* est enim res indignissima, apud Magistratum summum se insinuare furtiva precatione sub honesti prætextu. Et licet de Principis potestate disputare non liceat, cum hoc instar sacrilegii sit: De voluntate tamen & scientia ejusdem disputare non est prohibitum, quia nonnunquam male instruitur, nec præsumitur Eidem quid placere, nisi quod justum & verum est *l. 7. C. de prec. Imp. offer. l. 3. C. d. t. si contr. jus vel util. publ.* Habet vero locum d. Exceptio adversus quævis Magistratuum supremorum Rescripta, aut Privilegia, quæ tacendo vera & exprimendo falsa alter in alterius læsionem impetravit *l. jus agnationis. ff. de pact. l. 2. l. 7. C. de prec. Imp. offer.* Perez. *ad tit. C. si contra Jus.*

THES. LII.

Quemadmodum autem plures coacervari possunt actiones *l.* 11. *ff. de*

Digitized by

de Jurisd.; ita quoque plures Except. etiam diversas successive opponere licitum *l.43. de R. J. l. 5. ff. h. t.* Imo & contrarias proponere quis potest, si e. g. negaverit, primo se hominem occidisse, deinde si convincatur, recte allegabit ad sui defensionem, servato moderamine inculpatæ tutelæ se occidisse; non obstante regula, contraria allegantem non esse audiendum. Illa namque non in reo, sed in actore obtinet, reo enim favore liberationis à lege indulgetur, ut quovis modo & quibusvis exceptionibus, etiam contrariis se defendat, nec unam tantum post aliam proponat, sed & simul omnes. Contrariæ tamen non copulative proponendæ, sed alternative, vel conditionaliter. v. g. si dicat: nego me pecuniam accepisse, aut si accepi, dico me solvisse. Hæc autem quæ diximus procedunt, nisi lex plures impediat exceptiones opponi, (2) Si sint vere contradictoriæ, ut earum altera necessario sit falsa *l. 2. vers. sed si alius ff. quand. appell. c. imputari X. de fid. Instrum.* Id quod videre est in *d. l. 43. de R. J.* (3) Si reus debitum calumniose neget, nulla postea adjuvatur exceptione *l. 22. §. f. de noxal. act. l. 1. §. 15. ff. si quadrup. paup. fec. dic. Nov. 18. c. 10. & 8. junct. auth. it. Possessor C. qui potior. in pignor.* Struv. *d. l.* Perez. *ad h. t. n. 29.*

THES. LIII.

Dum de fere famosioribus Exceptionibus dilatoriis egi, de modis earum proponendarum dicere paucis lubet. Uti vero actionum ita & Exceptionum formulæ ex practico Syllogismo constent bonum est; major enim contineat Jus, minor personæ agenti Jus detrahat, de præsenti, aut taliter experiundi, aut compellandi reum ad respondendum, ex quibus præmissis conclusio sequatur, actorem scil. non audiri, vel reum ab instantia absolvi debere. Quem proponendi Processum optimi JCtorum præscribunt, ut Oldendorp. *in Enchiridio Except. p. 115.* dum scribit: Melius est quod & docti causarum patroni observant, ut exceptionem quoque Syllogistica forma connectas, scil. Majore & Minore & Conclusione. Sic enim melius & litigatores & Judices de qualitate defensionis disceptare possunt. add. Matth. Coler. *ad cap. Pastoralis X. de Exc. n. 13. p. 48.* ubi dilatoriarum longum habes Syllabum.

THES. LIV.

Tempus proponendarum exceptionum dilatoriarum, silentio non prætereundum. Sunt vero eæ regulariter ante litis contestationem & objiciendæ & probandæ, *l. pen. & ult. C. h. Obst. l. 19. C. de probat.* ibi dicitur: dilatoriam probandam esse, postquam actor monstraverit, quod asseverat. Resp. *d. l.* 19. non de dilatoria concernente personas in judicio intervenientes; Sed de dilatoria pertinente ad merita causæ intentionis & rei loquitur. Schnobel. *D. 22. ad n. 8. XI.* Quare si Advocatus inter primordia litis prætermissam dilatoriam exceptionem postea opponat, carebit petitis & condemnatione pariter unius libræ auri mulctabitur *arg. l. pen. C. h.* neque Judex procedere debet, quia Processus est nullus *c. exhibita de judic.* Limitatur autem atque fallit hæc regula in Exc. excommunicationis per *tx. in cap. exceptionum de Exc.* item si exceptiones post litem contestatam competere demum cœperint, aut ad notitiam rei pervenerint *l. 4. h. t.* it. quando habeant causam successivam, ut Exc. loci non tuti Gail. 1. *observ.* 25. *n.* 3. it. si reddant judicium retro nullam, *vid.* Struv. *d. Disp. th.* 7. it. Si tertius de suo interesse compareat, ille potest dilatoriam except. opponere, non obstante litis contestatione. It. fallit, quando reus eam fuisse sibi competituram errore facti ignoraverit; justa enim & probabilis ignorantia nemini damnum afferat *C. ignorantia de R. J. in 6to.* it. Si Judex parti reservaret dilatorias Exc. quia eo casu bene possunt opponi post litem contestatam *per c. ad dissolvendum de Sponsal. impub.* & quæ similes. Multorum vero locorum Constitutiones observantiæque habent, ut quis except. dilatorias omnes, quibus usurus est, simul opponat. *Vid. Nov. Ordinat. judic. Saxon. T. XI. pr.* Similiter & peremptorias conjunctim objiciat. Carpz. *proc. Judic. T. 9. art. 1. n. 12. & art. 7. n. 12. vid. l. 19. C. de probat.* Perez. *ad tit. C. h. n. 9.*

THES. LV.

Tempus nunc est, ut de altera Exceptionum specie tractetur, quæ peremptoriæ & perpetuæ dicuntur, de quarum natura supra actum est. Uti vero dilatoriarum, ita & peremptoriarum enumerare nomina difficilis est res, cum tot sint peremptoriarum, quot causarum & actionum genera habentur. Quod autem eas attinet, habent

Digitized by Google

bent ſemper locum, nec evitari poſſunt *l. 3. in pr. de except.* Naſcuntur autem vel à principio, vel poſtea exiſtunt; ſicuti vitium aliquando inhæret obligationi, aliquando ei recte conſtitutæ poſtea accedit. Quemadmodum vero dilatoriæ except. ad tempus agenti obſtant, ut dictum; ita hæ perpetuo. Semel enim oppoſitæ, rem qua de agitur, perpetim perimunt *§. perpetuæ Inſt. de except. l. 3. ff. eod.* Nec illud reticendum, quod quædam earum vel in vim dilatoriarum ante litem conteſtatam, & in continenti probandæ ſunt *c. 1. de lit. cont. in 6to.* Vel cum litis conteſtatione, vel poſt eam, usque ad ſententiam, ſive in ſtricti Juris, ſive in bonæ fidei judiciis opponuntur probanturque *l. 3. de reſcind. Vend. l. 84. §. qui ſervum ff. de leg. 1.* poſt rem judicatam vero regulariter non admittuntur, neque poſt ſententiam, niſi in appellationis inſtantia *l. 8. C. de exc. & quæ* Struv. *th. 9. in f. excipit.* Si vero praxin & obſervantiam huc trahere volumus, aliud certe aſſerendum, ibi enim tam in bonæ fidei, quam ſtricti Juris judiciis peremptoriæ Exc. in ipſa ſtatim litis conteſtatione à reo ſunt objiciendæ, ſeu peractæ litis conteſtationi ſtatim annectendæ. Zang. *de exc.* add. Carpz. *defin. 7. tit. 9. de exc. num. 5. l. 8. & 9. C. h. l. 9. de præſcr. vid. Receſſ. Imp. Spirenſ. de anno* 1570. §. Demnach ſollen die gewöhnliche Termin. *Receſſ. Ratisb. de anno* 1549. §. Setzen demnach ordnen.

THES. LVI.

Quo vero brevibus me abſolvam, generaliſſimam peremptoriarum exceptionem, quæ Juris ſalutatur nomine proponam, qua reus à limine judicii actorem repellit, ejusmodi ſententiam proferentem, quæ Juri alicui ſcripto, vel non ſcripto è diametro repugnat. *l. 19. ff. de appell.* Nam ſi veritas exceptionis fuerit monſtrata, nequit judicium firmari negotio propoſito *l. 1. C. qui accuſ. non poſſ. d. l. 19.* Deinde exceptio falſi huc referri poteſt, quæ locum habet, ſi ex falſis allegationibus, ſive Juribus, ſive inſtrumentis vel factis, intentionem adverſarius præmuniit, quæ etiam poſt ſententiam objici poteſt, quia ſententia ſuper falſis allegationibus lata nulla eſt *l. 1. & t. t. C. ſi ex falſ. inſtrum.* obſerves bonam Oldendorpii *in Enchiridio except. Rubr. Except. falſi p. 153.* cautelam, quod ſi exceptio hæc intendenda ſit, petas reſtitutionem excipiendo & petendo ſententiam, ſi ullo jure teneat,

rescindi. *l. querelam C. de falsis.* Spectat quoque huc exceptio contrarietatis, qui enim allegat contraria, non auditur *l. 1. C. de furt.* it. Exc. nullitatis, quæ toties, quoties inutiliter aliquid in judicio peractum, competit *l. 5. C. de Legib.* iterumque post sententiam quoque ad impediendam executionem objicitur recte, modo nullitas hæc sit notoria, vel ex actis, vel excipiens offerat se ad probationem statim faciendam *l. 4. §. 6. ff. de re judic.* Si hæc exceptio ad executionem impediendam opponatur, incontinenti est probanda, quoniam executio sententiæ summariam requirit cognitionem *l. 15. §. 4 ff. de re judic.* De Jure Sax. intra terminum sex septimanarum & trium dierum, à die publicatæ sententiæ computandorum, præcise est alleganda, adeo ut postmodum ejus allegatio minime admittatur. *Ordin. Processf. Elect. Sax. tit. 38. pr.* von der *Nullität.* Carpz. *p. 1. Const. 62. def. 21.* Querela vero hæc nullitatis *d. tit. 38.* haud impedit, quo minus res judicata executioni mandari queat. Referri huc tandem potest, omnis illegitimæ actionis Except. quæ adversus legem, vel consuetudinem in alteriusve fraudem intenditur, veluti actio ex pacto de futura viventis hereditate acquirenda, vel omittenda *l. 15. l. ult. C. de pact.* & similes.

THES. LVII.

Ex post facto porro superveniunt, ut exceptio rei judicatæ, quam reus à lite sibi quondam mota absolutus, eidem actori eandem litem denuo moventi opponit, rebus enim semel judicatis standum est. *l. 1. C. de re judic.* judicata namque res pro veritate habetur *per l. rem ff. de R. J.* Nec officit *l. inter §. 1. ff. de V. O.* quod civilis tantum obligatio per sententiam tollatur, remanente naturali, quum judicium & sententia reddantur in invitum *d. l. inter.* quia per hanc exceptionem quæ est æquitatis, actio quæ est Juris eliditur *§. 5. J. de Exc.* alias enim nullus esset litium finis *l. 2. C. de re judic. l. fratr. C. de transact.* vid. Carpz. *T. 6. A. 3. n. 69. & seqq.* dum autem quæritur an hæc exceptio noceat nec ne? inspici oportet an idem sit corpus, quantitasque eadem & idem Jus; & an eadem petendi causa & personarum conditio. De quibus requisitis vid Zang. *par. 3. c. 15.* Coler. *c. 1. de exc. n. 14.* Affinis huic est exceptio illegitimæ appellationis, quæ opponitur appellationem persecuturo; ejusdem finis est, ut appellantem propter sen-

Digitized by Google

ſententiam, quæ propter deſertam non autem devolutam appellationem abiit in rem judicatam, removeat, adeo ut nunquam reſuſcitare debeat cauſam. *vid. Auth. hodie C. de appell. Auth. ei qui de temp. & rep. appellat. Clement. quamvis 2. de appellat. c. 4. §. inhibemus de privileg. in 6to.* Zang. *par.* 2. *c.* 19. *diſſ.* Nec præcedenti diſſimilis eſt exceptio pronunciationis commiſſariæ, quam reus actori opponit, eandem litem jam antea coram Commiſſariis ſopitam denuo moventi.

THES. LVIII.

Exceptio Jurisjurandi §. 4. *J. h. t. l.* 15. *eod.* ſequitur, quæ ex Juramento voluntario & judiciali naſcitur; Dum enim reus deferente actore, ſive extra judicium, ſeu in judicio, dum judex pro tribunali ſedet, juraverit ſe nihil debere, vel rem petitam ſuam eſſe, & forte an iterum conveniatur, hac exceptione ſe tuebitur. *l.* 9. §. 1. *ff. de Jurejur.* Illi vero qui putant quod jusjurandum ipſo Jure tollat obligationem non ſunt audiendi, cum in *d.* §. 4. *J. h. t.* dicatur ſi debitor venditore deferente juraverit nihil ſe dare oportere adhuc obligatus permanet. Sed gravis adverſaria conſtituta eſt in *l.* 7. & *l.* 9. *ff. de jurej.* Reſp. non textuum ſenſus eſt, quaſi poſt juramentum nulla ſuperſit actio, ſed quod iniquum Prætori viſum fuerit, actionem dare, dum juratum eſſe contra actorem conſtat.

THES. LIX.

Exceptio Præſcriptionis datur reo convento, vid. Donell. *ad rubr. Codic. de Exc. n.* 15. *fol.* 668. contra dominum rei vindicatione utentem, ſi tempore legibus definito ſe poſſediſſe probat, juxta atque ſtatim abſolvitur. Spectat huc uſucapio, quæ bono publico introducta, ut lites finem invenirent *l. fin. ff. pro ſuo.* nec rerum dominia ſic eſſent in incerto *l.* 1. *ff. de uſucap.* Verum itaque plenum, juſtum & perfectum dominium eadem alicui adjicit *l.* 4. *in f. C. de præſcript.* 30. & 40. *ann.* Si bona fides, titulus & continuata adfuerit poſſeſſio ad ultimum usque definiti temporis diem. Triplex autem à Dd. ſtatuitur uſucapio; (quam quidem diviſionem jam examinare meum non eſt) odioſa ſcilicet 30. vel 40. ann. mixta 20. & 10. ann. & favorabilis, hoc eſt, uſucapio trium annorum. Vid. Coler. *de præſcript. ad c. illud n.* 12. Formula

mula talis potest esse: P. P. Beklagter erscheine zu Folge ergangener Citation, citra animum litis contestandi exceptive vorbringend, gleichwie ihm von Klägers asserirtem Dominio überall nichts wissend; als thut er ihm zugezogene injurias ad animum revociren, und weil Beklagter sein Hauß- und Hof über 40. Jahr, ohn einige des Klägers Einrede geruhig besessen; als sind obgleich Kläger einig Dominium daran gehabt hätte, das doch nicht zu glauben, alle deßwegen competirende Actiones jure præscriptionis getödtet, und Beklagter perpetua securitate versichert, aus den Ursachen dann Beklagter submisse bittet ihn definitive zu absolviren, und Klägern in Schaden und Unkosten zu verurtheilen.

THES. LX.

Exceptio Transactionis munit reum adversus actorem lites transactione finitas redintegrantem. Nihil enim ita fidei congruit humanæ, quam ea quæ placuerunt, custodiri. *l. 20. C. de transact.* Nec ullus erit litium finis, si à transactionibus bona fide interpositis cœperit facile discedi *l. 10. C. eod.* Est autem transactio liberatorius actus, quo pars una litem dubiam, præsentem futuramve sic remittit alteri, ut hæc vicissim eo nomine aliquid ex stipulatu, vel pacto promittat. Eam Exc. rei judic. valde congruam esse, ex dictis apparet *l. 20. C. h. t.* uti enim Exc. rei judicatæ, ita transactionis efficaciter non objicitur, nisi ejusdem rei, ex eadem causa, petitio inter easdem personas instituatur *l. 9. §. 1. de transact. l. 135. §. f. de V. O.* Formularii forte verba ita conciperent: Demnach zu recht versehen, daß vertransigirte Sachen nicht mögen resuscitiret werden, und diese Controversia von Kläger anbracht, vor Jahren per amicabilem compositionem entschieden, wie aus mit kommendem Instrumento in continenti zu beweisen; als wird gebeten, muthwilligen Kläger ad recognoscendum zu compelliren, und Beklagten refusis expensis definitive zu absolviren.

THES. LXI.

Exceptio solutionis paratam impedit & avertit executionem *Carpz. T. 22. A. 3. n. 9.* nemo enim condemnari potest, ut bis solvat, si in continenti solutionem semel factam probaverit *Const. Elect. 8. part. 1.*

For-

Digitized by Google

Formula est: Würde Kläger die von Beklagten producirte Quittung gebührlichen recognosciren, immassen ihm zu thun obliegt, so hat Beklagter dadurch seine vorgeschützte Exceptionem solutionis zur Nothdurfft beybracht, und wird demnach von Klägers Zusprechen, oder angestellten Executions-Klage, billig entbunden, immassen Wir ihn hiermit hievon entbinden und loßzehlen. Hujus species Compensationis exceptio *l.* 4. *de compens.* salutatur, quæ describitur, quod sit debiti & crediti inter se facta contributio *l.* 1. *ff. de compens.* qua qui convenitur creditorem suum, eundemque debitorem petentem submovet *l.* 2. *ff. b. t. vid. Const. Elect.* 8. *part.* 1. *verb.* Daß die Compensation als in Krafft einer Solution soll zugelassen werden. add. Carpz. *T.* 22. *A.* 3. *n.* 28. ubi talis sententia profertur: Daß Beklagter mit der angeführten Compensation wider die von Klägern producirte Brieff und Siegel billig zu hören. V. R. W.

THES. LXII.

Exceptio porro usurariæ pravitatis datur reo ad executionem impediendam paratam, contra creditorem, qui immoderatas usuras accepit, has enim & stipulatum esse illum & exegisse, exosum maxime LL. habent, hinc quam rectissime hæc exceptio Juris Natur. esse dicitur. Carpz. *d. l. n.* 21. *vid. Ordin. Torgens. de ann.* 1585. *tit.* Von wucherlichen Contracten §. es trägt sich auch, *vers.* Da aber dennoch etc. Modus pronunciandi talis præscribitur: Daß Beklagter mit der vorgeschützten Exception usurariæ pravitatis, auch bey diesem Executions-Proceß nicht unbillig zuzulassen V. R. W. Isti quam proxime accedit Exceptio simulationis (quæ cum doli exceptione eadem non est, cum ille à simulatione secernatur *l.* 1. §. 2. *ff. de dol. mal.*) quæ datur reo, quando aliud actum, aliud vero in contractu scriptum est *vid. t. t. C. plus valet quod ag.* in continenti vero ad paratam executionem impediendam objicienda est. Zang. *par.* 3. *c.* 26. *n.* 84. add. Carpz. *d. l.* 27.

THES. LXIII.

Novationis exceptionem quod attinet *l.* 11. *ff. de novat.* competit ea reo principali ejusque fidejussori, quando transfusio prioris debiti in novam & aliam obligationem, priori penitus perempta, facta est. *l.* 1. *ff. eod. l.* 9. *eod.* Duplex vero perhibetur; voluntaria alia, quæ

ſit ſtipulatione; alia neceſſaria, quam litis conteſtatio inducit *l. 29. d. t.* Conſtat vero ex *l. f. C. de novat. & §. 3. Inſt. quibus modis toll. oblig.* quod novatum non ſit, niſi novandi animo in novam obligationem itum fuerit.

THES. LXIV.

Hanc excipit exceptio pacti conventi de non petendo, quæ locum habet, cum creditor pactus eſt, ne omnino à debitore ſuo peteret §. 3. & 9. *Inſt. de exc. l. 56. §. 5. de V. O.* quod pactum & tacitum eſſe poteſt, ut ſi creditor, cui majores uſuræ debentur, ſciens per certum tempus, minores acceperit *l. 5. & 8. C. de uſur.* vel ſi reddatur cautio, tunc enim videtur conveniſſe, ne peteretur. Nec cauſa debet intervenire, cum pactum ſit conventio ſine cauſa. *arg. l. 65. §. 2. ff. de condict. indebit.* & quia liberatorium eſt, uti recte ſcribit Treut. *V. 2. D. 26. th. 6. lit. b.*

THES. LXV.

Exceptione delegationis reo ſubvenitur affirmanti, obligatione, qua creditori devinctus erat, interventu tertii ſublata, nullam actori ſupereſſe actionem. Eſt enim delegare vice ſua alium reum dare creditori, vel cui juſſerit *l. 11. ff. de novat.* & quidem, vel ſcriptura, vel nutu *l. 17. ff. h. t.* & conſequenter etiam inter abſentes fieri poteſt. *arg. l. 2. §. 1. & 2. de O. & A.* vid. Zang. *p. 3. c. 6. in pr.* Ejuſdem farinæ eſt acceptilationis exceptio. Illa autem ficta & imaginaria ſolutio eſt, ſeu liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu ſolutio *l. 1. ff. de accept.* quæ ſe recte habet, abſolvit enim creditor à nexu, quo debitor nectitur. Diſcrimen vero eſt inter acceptilationem & apocham, quod illa liberetur debitor, etſi non ſolvat; hac vero non alias, quam ſi pecunia ſoluta ſit *l. 19. §. 1. ff. eod.*

THES. LXVI.

Quæ creditorem eundemque modo diverſo debitorem petentem ſubmovet, eſt Exc. compenſationis, ſi reus compenſare paratus ſit *l. 2. h. t.* Utuntur autem ea debitores quicunque adverſus quoscunque creditores *d. l. 2.* idque ob æquitatis §. *pen. J. de act.* & litium dirimendarum generalem rationem, quia intereſt noſtra potius non ſolvere, quam

Digitized by Google

quam soluta repetere, *l. 3. h. t.* Sed specialis interdum ratio sufficit, quo minus compensatio admittatur *vid. l. 16. in pr. de Compens.* Subnecto Except. confusionis quæ competit, si e. g. debitor creditori & creditor debitori heres existat. Atque hoc casu, quia debitum & creditum in eandem concurrunt personam, fit confusio, qua obligatio & actio ipso Jure tollitur *l. 5. C. de hered. act.* Longe vero aliter se res habet, si ex reis stipulandi vel promittendi alter alteri succedat. In utraque enim specie Scævola *in l. 93. de solut.* confusionem fieri negat, allata ibidem de reis stipulandi ratione satis evidenti.

THES. LXVII.

Decantata satis est divisionis Exc. fidejussoribus, si plures sint, competens. Licet enim unusquisque eorum stricto Jure in solidum teneatur §. 4. *J. de fidejuss.* Ex Epistol. tamen D. Hadriani hoc gaudent beneficio, ut ille qui in solidum convenitur, possit opponere exceptionem & desiderare, ut pro parte in se detur actio *d. §. 4. l. 28. de fidej. l. 10. §. 1. C. eod. vid. l. 27. de fidej.* in *l. 26. ff. de fidej.* ostenditur differentia, inter τὸ competere ipso Jure & per exceptionem, ut si quis fidejussorum ante exactam à se partem sine hereditate decedat, aut ad inopiam vergat, pars ejus ceterorum onus respiciat: Utile enim foret fidejubentibus adire judicem, ut declaret, quod singulis Exc. divisionis competat, imo *d. l. 28. ff. de fidej.* permittitur, ut unus divisionem à Judice fieri petat, & pro reliqua parte silentium quoad personam sui creditori imponatur.

THES. LXVIII.

Dixi hactenus de iis Exceptionibus ex post facto descendentibus, quam brevissimis nunc dicendum adhuc venit de illis ex principio quæ nascuntur, quæ præposteratio adeo vitiosa non erit *arg. §. 34. J. de legat.* Harum vero antesignana sit Exc. metus, quæ ipsa sane ab exceptione doli differt, cum hæc sit personalis; illa vero metus in rem scripta, ubi saltem quæritur an metus sit illatus *l. 4. §. 33. ff. de dol. mal. & met. exc.* qualis vero requiratur metus *vid. in l. si donationis & l. si per vim. l. f. C. d. t.* Notes vero velim, quod licet metus causam contractui bonæ fidei dederit, non tamen est ipso Jure nullus, quia metus, utut in-

intellectum quodammodo turbet, non tamen in errorem rapit, sed ex metu agens scit utique quid agat, ac, minus eligendo malum velit, licet coacte, quoniam coacta voluntas quoad actus imperatos est voluntas *l.* 21. §. *pen. ff. quod met. caus.* Deinde ex *Tabulis Novæ Pacis de Anno* 1648. *c.* 4. §. *contractus, permutationes &c.* constat, quod quidem contractus &c. vi metuve extorti aboliti sint, ut eo nomine agere minime liceat, instrumenta vero crediti vi metuve creditoribus extorta, restituenda sint, actionibus desuper salvis.

THES. LXIX.

Petitorii seu dominii exceptio est; qua reus actione possessoria conventus, actori suum in re controversa dominium in continenti probandum opponit, *l.* 13. §. 1. *ff. ad SCtum Trebell. l.* 3. *ff. ad exhib. & l.* 1. *C. de Edict. D. Hadrian. toll.* hoc vero in interdicto adipiscendæ & retinendæ obtinet *arg. dd. texx. & l.* 40. *ff. de acquir. poss.* Secus vero est in possessionis recuperandæ actione, quia spoliatus ante omnia restituendus *l.* 1. *C. si per vim vel alio mod.* excepto eo casu, cum actor petitorium judicium cum possessorio conjunxerit, *c. cum Ecclesia Sutrina & c. seq. X. de caus. poss. & propriet.* vel dominium ex re judicata vel aliunde evidens & notorium fuerit. *c. ex parte M. X. de restitut. spoliat.* vid. Zang. *p.* 3. *c.* 24. *in pr. & seqq.* Brevibus & de erroris Except. videbo, quæ reo sine causa quid promittenti datur, si modo causam promittendi legitimam existimabat, quæ tamen nulla erat. Dicitur etiam in factum, quia reus factum solum Judici recenset, rem nempe aliter se habere ac ab actore narrata sit. Plura hac de re vid. ap. sæpius laudatum Zang. *d. l. c.* 3. *n.* 109.

THES. LXX.

Claudat agmen tandem Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ datur ei, qui dum sperat, se pecuniam mox accepturum, literis cavet se accepisse, quam non accepit. Quæ duplex est, una competens creditori, dum apocha data fassus est, se recepisse pecuniam mutuatam, quam non recepit *l.* 14. §. 1. *l.* 5. *C. de non num. pec.* altera vero debitori, ubi scripsit, se mutuum accepisse, quod non accepit. Observandum, quod exc. hæc contra naturam aliarum except. sola negatione absolvatur,

Digitized by Google

tur, rejecto onere probandi in actorem, *l 1. C. de probat. l. 3. C. de non num. pec.* Sunt qui ab hac aliam & quidem aliis exceptionibus, quæ probandæ ſunt, parem eſſe putant eamque perpetuam *in l. 2. §. 10. & 13. C. de non num. pec.* quod Forum admittit. Formulæ pronunciandi ſunt: Dieweil Beklagter nicht geſtändig, daß er die in der producirten Obligation enthaltene Poſt ꝛc. würcklichen empfangen; So iſt Kläger ſolches binnen Sächſiſcher Friſt zu erweiſen ſchuldig. V. R. W. Dieweil Beklagter exceptionem non numeratæ pecuniæ vorgeſchützet, ſo iſt Kläger, daß er ihme die geklagte Schuld-Poſt würcklichen ausgezahlet, beyzubringen ſchuldig. V. R. W.

THES. LXXI.

Nunc nonnihil de ipſa Exceptionum materia dicendum venit. Eſt autem illa vel circa quam, vel ex qua; Materia circa quam ſunt actiones & judicia, quibus exceptiones opponi ſolent *l. 2. in pr. & §. 1. ff. de except.* Materia ex qua eſt Jus cujusque proprium fluens ex obligatione, vel ſimili cauſa, facto, tempore, loco, perſonis &c. §. 1. 2. *J. de exc. l. 2. §. ult. l. 3. eod. l. 4. §. competit. ff. ſi Servit. vindic.* Recte dicitur proprium Jus, nam ſicuti ex Jure tertii, nec actio, ita nec oritur exceptio. *d. l. 4. §. 7. ſi Servit. vind. l. 8. §. 1. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* vid. Weſenb. *c. de except. num. 8.*

THES. LXXII.

Quod ad formam Exceptiones olim à Prætore dabantur perinde atque actiones. Cujac. *lib. 5. obſ. c. 34.* Weſenb. *c. ff. de exc. n. 9.* Sed hodie exceptiones formam nullam habent. Weſenb. *d. l.* (ſcil. formam ſolennem ac ita externam, imo quibuscunque verbis, viva voce, ſcripto vel absque ſcripto proponi poſſunt *l. 13. §. 10. ff. de excuſ. l. 48. ff. de proc. l. 52. ff. de act. emt.* à reo *per l. 1. ff. de exc.* Conſiſtit ergo Exceptionum forma, quam nunc habent, in eo, quod à reo ſint proponendæ *d. l. 2. b.* nec enim Judex factum exceptionis ſupplet, niſi ex Actis ea appareat, *vid. th. 4. ſupra.* Quinſimo ut ſupra dictum, proponi poſſunt diverſæ etiam, imo contrariæ *Dd. in dd. ll. & Canoniſtæ in c. 20. de. R. J. in 6to.* modo in facto ſint compatibiles. *arg. l. 14. C. de fide. Inſtrum. l. 188. de R. J.* neque Lex cumulationem illarum impediat

l. 43. eod. Debito autem loco & tempore ejusmodi defensionibus utendum est. Locum percipio judicii *c. 11. verb. exceptiones de prob.* tempus vero, ut vel ante, uti in dilatoriis regulariter fit, vel post litem contestatam, ut fit in peremptoriis, *vid. th. 55.* proponantur.

THES. LXXIII.

Finis est, ut defendantur rei, §. 1. *J. de exc. l. 11. C. eod.* impugnetur actio §. 1. *J. h. t. l. 2. ff. eod.* & temporis dilatio tribuatur §. 10. *J. h. l. 3. ff. eod.* Quæritur vero circa finem, num reus satisfaciens ante sententiam absolvatur saltim à processu, observatione judicii, seu instantia; num vero definitive ab actione, actoris Jure & ipsa causa? Prius Accursio & Plateæ, cum reus per satisfactionem à causa absolvatur; Posterius mihi cum Mynsingero arridet, quum hoc reo utilius sit, ut si forte probare nequeat satisfactionem, possit absolutione niti. Accedit & hoc, quod saltim ab observatione judicii, liberato reo, tantum Acta causæ redderentur irrita *l. properandum C. de judic.* ac ita ipse reus adhuc processum metuere haberet, quod vix nativus verbi satisfacere sensus admittit, cum satisfaciens creditori amplius obligatus non sit.

THES. LXXIV.

Ad effectum refero, quod reus exceptione agat *l. 1. ff. de exc.* perimat actionem, vel eam differat. Videtur obst. *l. 8. inf. ff. de V. S.* ubi actionis verbo exceptio non continetur. Verum enim vero Resp. quod in *d. l. 1.* legatur, excipientem agere videri, quæ vox improprietatem hic importat, ac ita quando dicitur exceptionem esse actionem, ad eam nullo modo referendum est significationem, quæ propria est actionis & Juris significatio; sed quæ facti & ad factum ἐν πλάτει refertur Gœdd. *ad d. l. 8. §. 1. n. 5. fol. 197.* & Gothofr. *ad d. l. 1. lit. f.* aut ita responderem ob hæc *d. l. 1. ff. verba: nam reus in exceptione actor est,* scil. quia hanc probare gravatur.

THES. LXXV.

Exceptioni affinis est duplicatio, quæ adversus replicationem, primo intuitu justam, revera autem iniquam conceditur §. 1. *J. de*

replic.

Digitized by

replic. l. 2 §. pen. ff. de exc. item quadruplicatio, quæ triplicationi opponitur §. 3. *J. d. t.* Sicut contra exceptionem replicatio permittitur *d. l. 2.* contra replicationem duplicatio *d.* §. 1. & contra duplicationem triplicatio §. 2. *J. d. t.* contra triplicationem quadruplicatio §. 3. *d. l. 2.* §. *pen.* & rursus contra quadruplicationem quintuplicatio & sic porro *Gothofr. ad d. l. 2. lit. O.* donec liti finis imponatur. Certum autem modum in Ordinatione Cameræ præscriptum deprehendo, nim. in dilatoriis ultra duplicationem & in peremptoriis ultra triplicationem non esse procedendum, *d. Ordin. Cameræ 3. tit. 26.* §. wo aber & *tit. 29. in fin.* Imo Jus Canonicum, cum sæpe per dilatorias exceptiones malitiose causa proteletur, voluit, ut intra certum tempus omnes dilatoriæ opponantur *cap. 4. X. de exc.* Quod Sereniss. Sax. Elect. ex liberrimo arbitrio suum fecit, dum *in Const. 3. part. 1.* sanxit ibi: Daß alle Exceptiones, sie seyn declinatoriæ oder dilatoriæ &c. alle auf einmahl im berührten ersten Termin fürgebracht und alsbald die litis contestatio angehenget werden soll, es sey dann die declinatoria disputirlich; tum *in nova Ordin. Judiciar. Tit. XI. in pr.*

THES. ULT.

De dissentaneis repete ex Thes. præcedente, ibi sicut contra Exceptionem &c. Contraria etiam sunt nullitas & exceptionum injustitia, item obscuritas, *arg. pr. Inst. de replic. l. 2. de aut. tut. l. 6. qui satisd. cog. l. 1. §. 6. de flum.*

Hæc itaque de hujus materiæ nobilitate ac præstantia rudi Minerva à me dicta sufficiant, quæ quin accuratiorem desiderent enodationem, inficias non ibo, id feci quod humeri ferre possunt, ac illud tritissimum pensi habui: Qui nunquam male, nunquam bene; à Præceptoribus enim meis cum audiverim sæpius, parva non esse contemnenda, utpote sine quibus magna consistere nequeant, bono sum animo, levidensia hæc bonum lectorem æqui bonique consulturum esse; ac licet fatear ingenue, à me magna expectari non posse, cum sciam me meo pede & modulo metiri, interim tamen, cum & in tertiis quartisque consistere datum sit, & eo ire ipse velim, quo DEUS & viviculæ siverint, læto sum animo, me apud bonos nullum vituperium incursurum esse.

Disser-

Dissertatio de Inveniendis cauteque Objiciendis Exceptionibus, quam in Florentissima Philurea sub Præsidio ANDREÆ MYLII, J. U. D. Institut. Imp. Prof. Publ. & Facult. Jurid. Assessoris, die 12. Maij Anno M. DC. XCVIII. placidæ Eruditorum censuræ exposuit JOHANNES AUGUSTUS de PONIGKAU, Eques Misnicus.

SUMMARIA.

1. *De Remediis adversus Actiones se defendendi in genere quæritur.*
2. *In adhibenda defensione reum cautum esse oportet.*
3. *Imprimis videndum, an is exceptione aliqua munitus sit, nec ne? Et quid si nullam sibi competere deprehendat?*
4. *Quid si necessariam sibi eam futuram esse existimet? ubi simul de duplici excipiendi genere; Inficiatione & Depulsione agitur.*
5. *Inficiationem non ipsi actioni, sed actoris intentioni obstare ostenditur.*
6. *Dari duplicem inficiationem, unam Juris, alteram facti, adducitur. Et quomodo Juris inficiatio contingat, simul refertur.*
7. *De facti inficiatione.*
8. *Inficiationem, vel nude, vel sub certa qualitate fieri, tractatur.*
9. *Hic Depulsionis natura & fundamentum describitur.*
10. *In Depulsione investiganda cur ad actionem ipsam respectus fieri debeat? Ubi etiam; Exceptiones vel communes esse omnium aut plurium actionum, vel certarum actionum proprias; indicatur.*
11. *Ubi tamen actionum circumstantiæ evolvi debent.*
12. *De Circumstantia personarum agentium.*
13. *De Circumstantia rerum, de quibus agitur.*
14. *De Circumstantia ipsius facti, de quo quæritur.*
15. *Exceptionibus inventis de Objectione caute facienda reum oportet esse sollicitum. Et quid si absolute possit declinari judicium?*
16. *Quando absolute & quot modis fiat illa declinatio? Hic simul de simplici declinatione i. e. incompetentia notoria agitur.*
17. *De Incompetentia dubia.*

Digitized by

18. *Si totum judicium declinari non potest, ad actionem ipsam excipiens mentem suam dirigat.*
19. *An in casu, ubi plane nulla competit actio, reus allegatione opus habeat? Et quid si de jure & facto ut tali ex libello non constet?*
20. *Quid si constet quidem de jure & facto, sed tamen postea extincto?*
21. *Actorem etiam nonnunquam, ubi ita nata est actio, ut etiam exceptione tolli debeat, a limine judicii repelli posse ostenditur.*
22. *Omnes exceptiones litis ingressum impedientes ante L.C. una vice opponi debent.*
23. *De Exceptione actionis nondum competentis.*
24. *De Exceptionibus dilatoriis ante L.C. objiciendis.*
25. *In quibus casibus earum oppositio post L. C. fieri possit?*
26. *Quo ordine fieri debeat exceptionum dilatoriarum objectio?*
27. *De peremptoriarum exceptionum oppositione.*
28. *An sit audiendus, qui exceptionem litis contestationi vel alii exceptioni contrariam adduxit?*
29. *De harum Exceptionum oppositione.*
30. *De Exceptionibus executionem impedientibus.*

I.

UTi summopere cavendum est actori, ne calumniosam litem alteri inferat, seque reum pœnæ temere litigantium faciat, *l. 2. de jurej. propter calumn. dando. Nov. 118. cap. 2. in pr. cap. fin. §. 1. x. eod.* Sic sufficienter satis fugientibus actiones seu reis de Remediis adversus agentium ausus haud raro impetuosos pertinacesque se defendendi est prospectum. Ecquis enim securus in Republica esse poterit, si satis sit agere vel petere, nec liceat excipere? Sane quod militibus arma, quibus contra invadentes se muniunt atque defendunt; idem reis præstant exceptiones, quibus vel de facto, vel inique intentatas actiones à se avertere, remque familiarem in tuto habere ac retinere possunt, unde Cujacius *in paratitl. G. h. t.* exceptionem clypeum & arietem, quo actio infringitur, appellare non dubitavit.

II.

Quo urgentiora vero à rixosis hominibus excogitari possunt

 actio-

actionum genera, eo cautius in adhibenda defensione oportet eum versari, qui aliqua lite fuit pulsatus.

III.

Inprimis vero perspiciendum, an actione conventus exceptione aliqua munitus sit nec ne. Si nullam sibi competere deprehendit, quod fieri posse ex *l. 13. §. 2. vers. cæterum ff. de jurejur.* aperte constat, tutius est actori satisfacere, quam contra dispositionem *Nov. 18. cap.* litem temere inficiari, multisque probationum difficultatibus & sumptibus actores implicare sine causa, & ita eventum litis periculi ac molestiarum plenum expectare. Solent namque actores, obtenta jam sententia condemnatoria, erga adversarios suos utplurimum esse duriores, quam in litis principio. Advertant ergo rei effatum illud Ciceronianum, dum *lib. 5. Phipp. Omne malum nascens,* ait, *facile opprimitur, inveteratum fit plerumque robustius.* A quo non abscedit versiculus ille vulgatus:

Litigiis obsta: male juridicina paratur,
Cum lites longis invaluere moris.

IV.

Sed si putet reus, necessariam sibi esse aliquam defensionem, animadvertere debet, utrum jus vel factum causæ propositæ negari, an aliqua ratione distingui possit. Nam in his omnem excipiendi materiam occupatam esse non obscure Impp. Diocletianus & Maximinianus *in l. 9. C. de exceptionibus* tradunt, dum inquiunt: Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione munitum te adseveras, de hac tantum convenit agi; nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem secundum adseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. Unde duplex excipiendi genus agnoscunt Doctores: Unum, quod in sola inficiatione, alterum vero, quod in depulsione est occupatum. Utrumque fundatum reperio in *l. 34. §. 1. verb. aut ipso jure aut per exceptionem ff. d. O. & A. l. 38. §. 1. ff. d. solut.*

V.

De inficiatione affirmatur, eam non ipsi actioni, sed actoris intentioni

tentioni obstare, ita ut, quod actor falsa opinione est complexus, & de facto ab eo in judicium erat deductum, per illam excludatur. Unde etiam Exceptio facti aut intentionis vocatur.

VI.

Et cum duplex in foro adeoque in quovis libello occurrat quæstio, una Juris, altera Facti, Vultej. *d. jud. lib. 1. cap. 3.* ideo duplicem quoque dari inficiationem recte colligitur. Juris inficiatio contingit, si negatur, actorem jure personarum vel rerum, jure in re vel ad rem esse munitum. Igitur res vindicantem ab emtore, suos numeratos nummos adseverantem, erga probationem laborare non convenit: siquidem hujusmodi licet probetur factum, intentioni tamen nullum præbet adminiculum. *l. 21. C. de probat.* adde *Disp.* Dn. Præsidis *d. inven. cauteque instit. act. th. X. nuper habitam.*

VII.

Facti inficiationem quod attinet, dubium non est, ejus defectum vitiare totum jus actoris, e. g. si duo sunt Titii, pater & filius, & datus est tutor Titius: nec apparet, de quo sensit testator, neutrum datum fuisse intelligitur. *l. 30. π. de tut. testam.* Quod si igitur alter ex his vocetur ad tutelam, is recte negabit, se tutorem datum esse. Quamvis enim de jure, nempe aliquem Titium in testamento tutorem constitutum esse, constet, factum tamen, sc. huic Titio esse delatam tutelam, manet incertum. Igitur non jus sed probatio deficit, quæ res per infinita quidem exempla declarari potest, sed ea saltem, quæ huic sunt cognata, adjicere placet; unde si duobus Titiis separatim quis legaverit, & uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum. *l. 3. §. 7. π. de adim. vel. transf. leg.* Et quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, & ad designationem nominis singulari nomine utatur. *l. 62. §. 1. π. d. hered. instit.* Certe in his casibus de veritate juris ac majoris propositionis constat; Ast minorem falsam esse, per se patet.

VIII.

Porro fit inficiatio vel nude, vel sub certa qualitate. Quæ nude & quidem potissimum circa factum contingit, vix nomine ex-

ceptionis venire poteſt, cum hic reus directò actioni contradicat, quo caſu litem jam conteſtatam eſſe, negari non poteſt. Obrecht. *de lit. conteſt. cap.* 5. *num.* 28. *& cap.* 8. *num.* 1. Hillig. ad Donellum *lib.* 22. *cap.* 1. *lit. A.* Ea autem, quæ certam habet qualitatem, i. e. quæ ſub affirmatione novi facti contingit, negat quidem jus aut factum, verum non ſimpliciter, ſed quia e. g. facta eſt ſolutio, compenſatio, confuſio &c.

IX.

Hæc de inficiatione. Depulſionis ea eſt natura ac conditio, ut non tam actoris intentioni, quam potius ipſi actioni objiciatur. Ac tali nititur fundamento, quod ſæpe accidat, ut obligatio naturalis vel ab initio deficiat, vel ex poſtfacto tollatur, adſit tamen civilis, ex qua ſummo jure actio naſcitur, ſed quia iniquum eſt, reum exinde condemnari debere, idcirco oppoſita poſtea exceptione excluditur. *l.* 16. §. 1. *π. ſol. matr.* Definit namque debitor eſſe, qui nactus eſt exceptionem juſtam, nec ab æquitate naturali abhorrentem. *l. Marcellus* 66. *π. d. R. J.* Unde apparet, ut licet ipſa perſecutio, qua actor experitur, ſit juſta: ſit tamen iniqua adverſus eum, cum quo agitur. *pr. Jur. de except.*

X.

Cum ergo Depulſio, quæ & Defenſio vocatur in *l.* 2. *C. de except.* præſupponat actionem jure conſtitutam; ea propter in ea inveſtiganda ad ipſam actionem reſpectus fieri debet. Cuilibet enim facto, ex quo ſimul compoſita eſt actio, adhærent certæ circumſtantiæ, quæ ſi in aliquo caſu deficiunt, ſtatim ipſam actionem ceſſare faciunt, & jus excipiendi tribuere ſolent. Ubi nihil refert, an defectus circumſtantiæ uni ac ac certæ actioni ſit proprius, an aliis communis. Neque enim ſic comparatæ ſunt exceptiones, ut ſingulæ ſingulis conveniant actionibus. Sed potius eorum natura ac conditio ſic eſt comparata, ut quædam ex iis omnibus, ut exceptio præſcriptionis, ſolutionis, compenſationis &c. quædam pluribus actionibus ſint communes, ut exceptio dominii, poſſeſſionis cum titulo &c. quædam vero certarum actionum ſint propriæ, ut exceptio vitioſæ poſſeſſionis ab adverſario &c. Prædicta vero, ut nempe in indaganda exceptione ad actionem ſit reſpiciendum, locum habent, ſive de peremptoria, ſive ſaltem de dilatoria exceptione quæratur, cum

Digitized by

cum in omnibus considerari debeat actio, in dilatoriis quidem ut differatur, in peremptoriis ut plane tollatur.

XI.

Sed quia circumstantiarum non exiguus datur numerus, ideò intueri eas diligenter oportet reum, quo verum excipiendi genus invenire possit. Evolvat igitur totam actionem, videatque an omnia ad eam pertinentia, puta personæ, res, causæ, locus, tempus, & alia ad institutam actionem facientia rectè se habeant. Quod si enim in uno vel altero deprehendi potest defectus, tum satis subest causæ, cur reus excipiendi occasione utatur.

XII.

Exceptionum quæ à persona sumuntur tot sunt genera, quot sunt loci personarum, tum principaliter, tum minus principaliter judicium constituentium. Nam quod actorem attinet, non est cujusvis, actionem ipso jure sibi competentem in judicium deducendi; siquidem legitima persona standi in judicio non datur pupillo sine tutore. *l. 1. 2. C. qu. leg. pers. standi in jud.* nec filio contra patrem. *l. 4. l. 11. π. de judiciis*, etsi facultate agendi non destituantur. Sed nec desunt, quibus jus agendi nunquam est acquisitum, sed qui eo de facto utuntur, quod accidit, si heres instituitur, vel fideicommissum relinquitur ab eo, cui non competit jus testandi. *l. 6 ff. qui test. fac. poss. l. 2. π. de legat.* 1. quia ita ob defectum potestatis nec hereditas peti potest, nec fideicommissum. Etiam personarum contemplatio habenda est, hoc est, cujus vitæ sint hi, quibus alimenta relicta sunt, utrum frugi vitæ hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an sequioris, qui de alimentis pendeant. In persona ejus, à quo alimenta relicta sunt, hæc erunt spectanda: in quibus sunt facultatibus, cujus propositi, cujus opinionis, tunc enim apparebit, num quid circumvenire velit eum, cum quo transigit. *l. 8. §. 11. π. de transact.* Et cui non constat, quot modis adversus Judices, Procuratores, Advocatos, testes, aliasque personas judiciales excipiendi occurrat occasio, quæ cum prostent passim, in iis enarrandis has paginas non implebimus, satis contenti, ex paucis, quæ jam adducta sunt, exemplis hanc thesin suam accipere declarationem.

XIII.

Porro Rerum quoque varietatem excipiendi materiam ſuppeditare liquido conſtat. Videat ergo reus, an ab eo petatur talis res, quæ in petitionem commode venire, i. e. quæ ejus bonis vel abſolute, vel ſecundum quid ſubjici poteſt. Nam ſi alterutrum abeſſe animadvertat,in promptu ipſi paratam eſſe exceptionem conſtat. Sic quia jure pignoris teneri non poſſunt, niſi quæ in obligantis bonis fuerunt, ideo, re aliena pignori tradita, actioni hypothecariæ locum non dari, declarat evidenter. *l. 6. C. ſi alien. res pign. dat.* Et vendita re commercio humano exempta, quis negabit actioni emti venditi locum non fore? *§. fin. J. de empt. vend.* Porro ſi ſtipuler, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio conſiſtit, quam cum ſtipulor, ut id detur, quod dari non poteſt. *§. 1. J. de inut. ſtipul.*

XIV.

Ipſius etiam facti,de quo quæritur, qualitas eſt inſpicienda, an nimirum aut propoſito, aut impetu, aut caſu quid ſit actum. *l. 11. §. fin. π. de pœnis.* Quare ſi errore quis lapſus fuerit, jure excipere poteſt. Igitur ſi pecuniam, quam me tibi debere exiſtimabam, juſſu tuo ſpoponderim cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri. *l. Julianus ait π. de doli mali & met. except.* Et ſi ei, quem creditorem tuum eſſe putabas, juſſu tuo pecuniam, quam me tibi debere exiſtimabam, promiſero, petens doli mali exceptione ſummoveri debet. Cæterum, ſi promiſſor tantum erraret in materia rei promiſſæ, nihilominus rata & firma eſſet ſtipulatio, cui non nocet error in materia ſive qualitate ſubſtantiali, modo in corpore ſit conſenſum. *l. ſi id quod aurum. π. de V. O.* Atque hæc ſufficiant ad cognoſcendum id, unde media inveniendi exceptiones deſumi debeant. Poterant plura ſubjici exempla à loco, tempore, vel aliis circumſtantiis deſumpta. Sed quia ea, quæ in antecedentibus prolata fuerunt, lucem rei fœnerantur ſatis, ea propter plura de iis recenſere ſupervacaneum eſſe puto.

XV.

Exceptione igitur vel una, vel pluribus inventis, nunc de objectione caute facienda reum oportet eſſe ſollicitum. Qua in parte ante omnia perpendendum,an totum poſſit declinari judicium,an ſal-

tem

Digitized by

tem actio in ea proposita. Illius prior habenda est ratio, quia declinatio judicii involvit simul declinationem actionis, nam ubi nullum adest judicium, ibi nullam quoque adesse rationem vel modum tractandi actionem, per se patet.

XVI.

Declinamus vero judicium totum, si illud est incompetens, vel ratione personæ vel rei, vel aliarum circumstantiarum. Et hæc Declinatio fit aut simpliciter, aut sub certo respectu. Simpliciter quidem, si, dum incompetentia judicis est notaria, reus plane non compareat, nec absentiam suam excuset, cum non sit necesse litigare coram eo, qui jure dicendi destituitur, sed pro homine privato habetur. *l. 1. π. de off. præf. l. 1. l. 2. π. de offic. procesf. l. fin. π. de offic. præf. urbi. l. 2. C. de Interdict.* Unde studiosus ad magistratum oppidanum vocatus, non tenetur venire, quia privilegium habet notorium, nisi dubium, an sit studiosus. Rebuff. *priv. Scholar.* 154. Licet igitur in præfixo termino ejusmodi reus ut contumax accusatus fuerit, ista tamen accusatio omni caret effectu. Nam si ii saltem sunt contumaces, qui cum obedire deberent, non obsequuntur, i. e. qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent. *l. 53. §. fin. π. de re jud.* utique aliud omnino asserendum est de his, qui jurisdictioni alicujus notorie non sunt subjecti. Unde primo sequitur, sententiam à tali judice latam ipso jure nullam esse. *l. fin. C. si non comp. jud.* nec autoritatem rei judicatæ obtinere. *l. 1. §. fin. π. quod quisque juris. l. 1. §. fin. π. ad SCt. Tertull. l. 2. §. fin. π. de pœn.* adeo quidem, ut sub statuto nullitates rejiciente, hujusmodi nullitas non comprehendatur. Vant. *de nullit. ex def. J. dict. n.* 4.

XVII.

Sed ubi dubitatur de competentia, quod accidere potest, si citans sit in quasi possessione jurisdictionis, citatus vero se exemptum dicat, hoc casu venire debet citatus, ac incompetentiam & allegare, & probare. Stephan. *de jurisd. lib. 1. cap. 33. n. 17. seqq.* alias tacite in judicem consensisse ejusque jurisdictionem prorogasse censetur. *l. 52. π. de jud.* nec postea ad istam exceptionem datur amplius regressus. *Const. 3. p. 1. Ord. Proc. Tit. XI.* Carpzov. *in Proc. Tit. 9. art. 2. n. 2. seq. M. lib. 1.*

lib. 1. *Tit.* 2. *Resp.* 9. *n.* 16. Ad quod sola omissio fori præscriptionis sufficit, licet lis nondum contestata fuerit. Certe qui exigit ab actore aut præstationem guarandæ, aut satisdationis, aut legitimationem, is eo ipso judicem de iis cognoscere posse, non obscure fatetur. Idem de exceptione recusatoria statuendum. Nam, ut inquit Speckhahn. *Cent.* 2. *Class.* 4. *qu.* 4. si hic in concursu incompetentiæ & recusationis recusatoria præmittatur, tacite ab incompetentis judicis objectione recessum videtur, cum recusatio præsupponat aliquem judicem ordinarium suum, & competentem, & veniat ad elidendam præexistentem jurisdictionem, sicque se referat tanquam privatio ad habitum. Certe mirum videri non debet, quod exceptio incompetentiæ recusatoriæ in opponendo sit præmittenda. Non tamen videtur in judicem consensisse, qui cedi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis, *l.* 33. *π. de jud.* Ne igitur comparitione sua reus censeatur judicium approbare, non inutiliter adhibere potest protestationem de non proroganda jurisdictione, nisi quantum de jure teneatur. Daß er durch sein Erscheinen der Cognition dieses Gerichts weiter nicht, denn er zu thun schuldig, sich wolle unterworffen haben. Speckhahn. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *qu.* 1. *sub n.* 4. monens in practica diligenter cavendum, ne sic simpliciter protestemur, sed addamus quoque clausulam illam limitatoriam: nisi quatenus & in quantum de jure teneor. Nam si simpliciter sine illa clausula facta esset protestatio, judex potuisset reum pro contumace, dum scil. potestatem ejus nihili pendet, judicare, & contra eum ut contumacem procedere. Idem tamen Autor *sub n.* 2. *d. l.* observandum esse notat, protestantem cavere debere, ne postea talem faciat actum, qui protestationi præmissæ sit contrarius. Quod si enim forte excipiat contra Libellum, Procuratorem, &c. tacite ab ista protestatione recedere videtur. Ab illa vero cautela, qua male feriati homines miseris suis clientulis suadent, ut omissa fori præscriptione patiantur totum tractari processum, ad finem usque, ut postea ex defectu jurisdictionis eundem annihilare possint, abstinendum est, cum magnam præ se ferat iniquitatem. Docet namque damnare animam Paul. de Castro *in l. si per errorem π. de jurisd.* Cynus *in l. un. C. ut quæ desint Adv.* Angel. *in l.* 1. *C. de falsa moneta.* Etsi enim cautum omnino in tractando causarum genere oporteat esse Advocatum, nunquam tamen eo usque ipsi progrediendum est, ut talibus utatur

cau-

Digitized by Google

cautelis, quæ cavillationum nomine veniunt *in l.233. π. de V. S.* ac deceptivæ vocari solent *l. fin. C. plus valet quod agit*: cum tanquam sacerdos justitiæ singulas facti circumstantias secundum regulas artis, quam profitetur, examinare debeat. Sed & aliis modis saltem sub certa ratione datur forum incompetens, veluti si alicujus judicis jurisdictio jam est præventa, vel prima instantia prætermissa, vel recusetur judex ut inhabilis, aut ut suspectus. Eadem tamen, quæ in antecedentibus sunt adducta, etiam hic observari debent.

XVIII.

Quod si itaque reus vid. th. 15. Judicium totum se declinare non posse deprehendat, tum demum ad actionem propositam mentem suam dirigat, judicetque an plane nulla adsit actio, an competat aliqua, sed sine effectu.

XIX.

Primo casu an reus allegatione opus habeat, quæri potest? Ego puto hanc quæstionem ex præmissis accipere decisionem. Nam ubi de jure & facto, ut tali, non constat ex libello, officio judicis incumbit, actorem, etiam reo nihil opponente, à limine judicii repellere, cum nemo sine actione possit experiri. *l. 19. l. 36. π. si certum petatur. l. 6. §. fin. π. de neg. gest.* Paris. *Vol. 1. Cons. 70. n. 24. & Vol. 3. Cons. 32. n. 1.* Gail. *lib. 2. Obs. 17. n. 3.* Gœdd. *Vol. 1. Cons. Marp. 35.* Mev. *Cons. 51. n. 39.* Quod & juri veteri admodum convenit, secundum quod ante dationem judicis de jure agendi constare debebat. Vultej. *Discept. scholast. cap. 1. p. 14.* Sicut enim actio non consistit sine debito, quia debitum subjectum & fundamentum est petitionis. *l. 1. C. de posth. hered. instit.* ita nec judicium sine actione. Obrecht *de concip. & form. libell. cap. 6. n. 1.* adeo ut judex admittens talem actorem, litem suam faciat, & parti læsæ ad interesse teneatur. Hilliger. ad Donell. *enucl. lib. 24. cap. 2. lit. A.* ubi subjicit hæc verba: Etsi non sit objecta non competentis actionis exceptio, judex tamen ad ista obligatur; si ea vere constitit tunc, cum non sit, quod imputetur reo, quod non objecerit. Quinimo taliter agenti refusionem expensarum injungere. Vant. *de nullit. ex def. process. num. 18. & seqq.* &

Digitized by Google

ejus libellum dilacerare debet. Card. Tusch. *pract. Concl.* 109. *num.* 5. *lit. A. verb. actio.*

XX.

Sed ubi jus & factum quidem apparet, quod tamen postea solutione, compensatione similive modo fuit extinctum, tum iterum spectandum, an extinctio illa in Actis sit notoria, nec ne. Priori casu judicem ex officio ejus rationem debere habere, unanimiter statuitur. Pacian. *de Probat. lib.* 1. *cap.* 68. *num.* 34. Zanger. *de except. p.* 3. *cap.* 26. *n.* 18. 19. adde Besoldum, qui *in delib. juris ad Tit. de Compensat. p.* 2. de extinctione quæ fit per compensationem notanter ita loquitur: Sane judex debet pronunciare secundum compensationem jam factam ipso jure, & id eo ipso, quod sibi liquet, debita hinc inde compensabilia esse, etiamsi neque in formula subjecta compensationis exceptio comprehendatur, vel à reo illa objiciatur, expresse nempe dicendo: volo compensare. Sufficit enim probare debitum sibi esse, & tunc ex officio judex supplet compensationem nulla habita ratione, an in bonæ fidei vel in stricti juris negotiis versemur. Schæffer *p.* 3. *quæst.* 12. prout in simili dicunt, Exceptionem præscriptionis etiam non oppositam, à judice suppleri debere Jure Saxonico *p.* 1. *Const.* 25. ibique Carpzov. Zang. *d. p.* 3. *cap.* 10. *n.* 1. 19. 24. & Camerali. Mynsing. *Cent.* 3. *obs.* 28. & ubique locorum. Mev. *p.* 7. *dec.* 282. Cancer. *var. resol. p.* 1. *cap.* 18. *qu.* 5. Sande *lib.* 1. *decis. Tit. VII. def.* 7. qui tamen illud de statutaria solum intelligit, sed rectius de omni præscriptione exaudiri debet, cum per eam, quæcunque illa sit, civilis, & naturalis obligatio, sc. quoad effectus à lege tributos tollatur. *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* Vasquius *illustr. controv. cap.* 53. modo ex Actis appareat, *Const.* 25. *p.* 1. ibique Carpz. *def.* 2. Neque tamen dici potest, judicem supplendo prædictas exceptiones omissas supplere aliquid in facto, cum istæ facto jam insint, & ex Actis probari luculenter queant. Nec enim proprie suppletur, quod ex ipsis Actis & instrumentis litis colligitur, Ant. Faber *in Cod. lib.* 8. *Tit.* 23. *def.* 36. Ziegler. *in dicast. Concl.* 34. §. 9. Altero casu, ubi extinctio actionis notorie non apparet, eam allegari probarique debere, vix ullum potest habere dubium, *l.* 11. *C. de Appellat.* Zanger. *de Except. p.* 3. *cap.* 26. *n.* 24. *& seq.*

XXI.

Digitized by Google

XXI.

Repellitur vero actor à limine judicii non solum, si per jam adducta plane non competit actio; sed etiam, ubi quidem nata est illa ipso jure, quæ tamen ope exceptionis tolli potest. Quod locum habet non solum in iis, quæ exceptiones litis finitæ vocantur, uti sunt: Rei judicatæ, transactionis, & jurisjurandi, sed etiam in omnibus peremptoriis, modo in continenti possint probari, nam hoc facto, tum perinde ut aliæ litis ingressum impedientes liberant reum à litis contestatione, qua sane ob actionem exclusam plane non est opus. Churfl. S. P. und G. O. *Tit.* 11. §. Weil aber, verb. Es wäre dann. *Resol. Grav. d. A.* 1661. *Tit.* von Justitien-Sachen §. hätte aber zum achtzehenden. Toties enim reus propter oppositam exceptionem litem contestari non tenetur, quoties talis adest exceptio, ut ea probata in continenti actores institutam actionem enervet, adeoque efficiat, ut reus ab illa sit absolvendus. Zanger. *de Except. p.* 3. *cap.* 17. *n.* 109. Christin. *in Decis. Belgic. Vol.* 4. *Decis.* 174. *num.* 17. Perez. *ad Cod. Tit. de except. n.* 11. sed si in continenti probari non possunt, rejicit eas judex post litis contestationem hac Formula: Es ist ihm aber seine Exceptiones, so viel deren erheblich nach geschehener Kriegs-Befestigungen zerstörlicher Weise einzubringen unbenommen. Quæ reservatio operatur conservativum effectum actus, quoad omnia, perinde ac si suo tempore factus esse.

XXII.

Curabit tamen reus, ut omnes eas exceptiones quæ litis ingressum impedire dicuntur, sive sint non competentis actionis in specie, i. e. inficiationis juris & facti simpliciter & quodam respectu tales; sive litis finitæ, alias privilegiatæ dictæ, sive peremptoriæ in continenti probatæ, una vice in primo termino objiciat, statim per documenta originalia demonstret. Probationi enim per testes & juramenti delationem, quia in altiori indagine consistunt, hic locus non datur.

XXIII.

Porro, si competit quidem actio aliqua sed talis, quæ ob aliquod impedimentum exerceri non potest, tum reus exceptionem

Digitized by Google

nondum competentis actionis objicere, & ita à litis contestatione, non tamen plane & omnimodo, sed tamdiu saltem, donec impedimentum remotum fuerit, se liberare potest. Quæ res, quia in Th. XII. XIII, XIV. Disput. Dn. Præsidis de inven. cauteque inst. act. variis est illustrata exemplis, idcirco ad eandem B. L. remissum cupio.

XXIV.

Quia vero non raro evenit, ut quæ in modum litis ingressum impedientis objecta fuit exceptio, aut non statim probetur, aut per replicationem in continenti elidatur, idcirco tutissimum est, ut reus mox sub conditione adjiciat in eodem primo termino omnes quotcunque earum habiturus est dilatorias exceptiones, quas in specie tales vocant, quo non facto post judicium acceptum eis renunciasse censetur. *l. 9. C. de except.* quod usque adeo procedit, ut nec in causa appellationis deinde possint adduci, *l. 13. C. de appellat.* Quæ enim exceptiones certum habent terminum præfixum, intra quem debent proponi, vid. *cap. 4. X. de except.* illæ eo elapso admitti amplius non debent. Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cent. 3. cas. 240. n. 8.* cum ejusmodi terminus pro exclusivo habeatur. *cap. 24. X. de off. & potest. jud deleg.* Secundum ordinationem Cameralem *p. 3. Tit. 13. §. fin. & Tit. 24.* mox post oblatum libellum omnes exceptiones sunt exhibendæ. Quod & in Marchia receptum esse testatur Schepliz. *ad Consu. March. p. 2. Tit. 7. §. 5. n. 1.* Nec aliud obtinet in Jure Saxonico juxta *Const. 3. p. 1. & Ord. Proc. Tit. 11.* ubi præterea constitutum, ut reus his exceptionibus eventualem litis contestationem subjicere debeat, alias in expensas termini condemnatur. Nam hoc modo processus abbreviari, Moller. *ad d. Const. n. 9.* & ibi judex de utroque & de exceptionibus & litis contestatione eventuali sententiam ferre potest. Ac siquidem actori unum alterumve, quod ratione dictarum exceptionum præstari debet, injungatur, tamen cœptam litem ante continuare non potest, quam si illa omnia præstita fuerint. Wie denn Beklagter sich mit Klägern nach vorgeschützten dilatorischen Exceptionen weiter einzulassen nicht schuldig seyn soll, biß von Klägern dem Judicio, was ihm solcher Exceptionum halber zuerkannt, eine Genüge geschehen, ut inquit *Potentiss. Saxon. Elector. in Ord. Proc. Tit. 11. §.* Es soll aber.

Cau-

Digitized by Google

Cautus igitur sit reus, ne actorem, antequam sententiæ per omnia satisfecerit, ad ulterius procedendum admittat.

XXV.

Sed, quæ dixi de Exceptionibus dilatoriis ante L. C. opponendis, illa notabilem recipiunt limitationem, ut locum tantummodo habeant in dilatoriis Processus, quas ideo ante judicium opponi, excuti, disceptari oportet, quia eo jam constituto, de iis frustra amplius agitur; non vero in dilatoriis causæ, in quibus ipsa tractantur merita, ob id etiam dilatoriæ solutionis appellatæ. Vultej. *ad Tit. J. de Except.* *n.* 23. Wesenb. *in Suppl. ad* Schneidew. *d. t. n.* 9. Item si reus sententiam illam in primo termino latam, in qua ei lis fuit injuncta, per interpositam leuterationem à cursu rei judicatæ suspendat, tum loco gravaminum adhuc nonnullas alias exceptiones dilatorias sibi competentes allegare, & in prosecutione deducere potest, Carpz. *p.* 1. *Const.* 3. *def.* 8. Nec dubium est, quin & dilatoriæ à judice vel expresse, vel saltem tacite reservatæ, puta: wann bloß allein auf Einlassung und Antwort erkannt. *v. Decis.* 14. post L. C. recte objiciantur. De qua re, ut & aliis limitationibus vide omnino Schwendendorf. *in not.* ad Fibig. *cap.* 2. *p. m.* 250.

XXVI.

Opponendi ordinem quod attinet, etsi videatur esse convenientius, si ea, quæ legitimationem & habilitatem personarum concernunt, cæteris præmittantur exceptionibus; attamen si ordine procedatur inverso, & primum de ineptitudine libelli, postea vero de non facta legitimatione excipiatur, hæc præposteratio non vitiat processum, quia non tam ad ordinem scripturæ, quam potius ad mentem & intentionem excipientis respiciendum. Schrad. *ad l.* 19. *C. de probat.* *n.* 10. & Speckhahn. *cent.* 2. *class.* 4. *qu.* 3. *n.* 5. qui monet, consultius esse cavillationibus amputandis, ut & hoc casu justus ordo servetur.

XXVII.

Facta itaque oppositione exceptionum dilatoriarum, & secuta litis contestatione, tum necesse est, ut reus, si quas habet, objiciat peremptorias exceptiones statim post eam, *l.* 8. *l.* 9. *π. d. except.* modo

Digitized by Google

coram Prætore sint contestatæ in judiciis stricti juris sc. *l.* 18. ff. comm. Nam judiciis bonæ fidei insunt exceptiones, in quibus proinde contestatione non est opus. *l.* 3. ff. *de resc. vend.* *l.* 38. *l. fin.* ff. *de pet. hered.* Donell. *comm. jur. civ. cap.* 22. *cap.* 8. Ast hodie sublato veteri judiciorum ordine, contestatio amplius non est necessaria, sed omnes indifferenter exceptiones peremptoriæ in quovis judicio, vel in ipsa litis contestatione, vel statim post eam opponuntur. Principale enim respiciunt negotium, de quo post L. C. commodissime disputari potest. *cap.* 1. *de litis contest. in* 6. Jure Saxonico litis contestationi quidem in fine annecti, non vero eidem ad evitandam sc. omnem confusionem immisceri possunt, ut proinde etiam sancitum legatur in Ord. Process. *Tit.* 16. Daß ohne Anhang Lis contestiret werden solle. Hæc adjectio exceptionum peremptoriarum tam est necessaria, ut ea omissa, postea nec repeti, aut si repetitio forte in articulis reprobatoriis facta fuerit, illius ratio à judice haberi non debeat. *Ord. Proc. Sax. de Tit.* 11. §. *fin.* & *Tit.* 21. §. Da auch. vb. wie er bey Verlust derselben.

XXVIII.

Ubi tamen talis adhibenda est cautio, ne objiciatur exceptio, quæ vel litis contestationi, vel alii exceptioni est contraria. Unde iniquum non est, ut negans malitiose intentionem actoris & convictus exceptionem amittat. Ergo qui exceptione non numeratæ pecuniæ objecta, actorem ad probationem compulit, non auditur, si accepisse convictus dicat se solvisse *l. fin.* ff. *de R. V. Nov.* 18. *cap.* 8. *auth. contra. C. de non numerata pecunia.* Et, qui se socium negavit, exceptionem competentiæ amittit. *l.* 22. §. 1. *D. de re jud.* Quid si negationi intentionis subjiciatur exceptio sub aliqua conditione? Hic probe dispiciendum an subsit compatibilitas nec ne. Neque enim admittendæ sunt tales exceptiones: *Nego te mihi commodasse librum, & si commodasti, recepisti. Nego me possidere rem quam petis, etsi possideo, mea est, quam usucepi.* Fieri namque non potest, ut & commodatum non fuerit, & ex inde receptum, ut & quis rem non possederit, & usuceperit. Ast è contrario, si ita quis se defendit: *Nego me tibi* 100. *ex mutuo debere, vel unquam debuisse. Et si unquam debuissem (quod tamen falsum est;) tamen cum tu mecum transegeris, obligatio & debitum perempta essent.* Item: *Nego me tibi* 10. *ex vendito debere, etsi omnino deberem,*

Digitized by Google

tamen cum tu mihi tantundem ex mutuo debeas, compensationis æquitas me securum redderet, tum nihil contrarietatis adesse res ipsa ostendit. vid. omnino Hilliger. in Donell. *enucl. lib. 22. cap. 8. lit. b.* ubi pluribus hanc rem in praxi scitu valde necessariam persequitur.

XXIX.

Cæterum probatio harum exceptionum perinde sicut earum oppositio post *L. C.* fieri debet, tum per testes, tum per documenta, tum etiam per juramenti delationem, puta in Processu ordinario, vel summario in specie; In executivo enim juramentum deferri non posse, constans est DD. opinio. Moller. *lib. 3. sem. cap.* 36. Zanger. *de Except. p. 3. cap. 26. n.* 119. *& seqq.* Berlich. *p. 1. Concl. 29. n.* 62. Carpz. *p. 1. Const. 7. def.* 31. *& in Proc. Tit. 22. art. 4. n. 18. & seqq.* Vid. omnino Schwendend. *in Proc. ad Fibig. p. 2. aph. IX. n. 558. p. m.* 1155. Fit autem delatio juramenti in prædictis Processibus vel statim post litis contestationem, sed tamen ante, quam reo reprobatio fuit injuncta, aut ab ipso acceptata. *Ord. Proc. Tit.* 18. §. Do aber ꝛc. vel demum in reprobatoriis articulis, verum hoc non aliter, quam si reus in ipsa litis contestatione juramenti delationem sibi expresse reservavit.

XXX.

Superest, ut quænam exceptiones ad impediendam executionem opponi possunt? subjiciamus. Qua in parte probe dispiciendum, an quæratur de jure anteriori, an moderno. Illo casu regulariter nullæ admittuntur. *l. 2. C. sent. resc.* exceptis casibus variis, à Dd. passim relatis, de quibus vid. Zang. *de Except. p. 3. cap. 26. n. 57. & seq.* Hillig. in Donell. *lib. 22. cap. 8. lit. L.* Carpzov. *in Proc. Tit. 22. art.* 3. Berlich. *p. 1. Concl.* 84. Hoc vero *in Decis. Sax.* 2. clare constitutum reperitur, posse quidem in Processu executivo præter exceptionem solutionis vel compensationis debitorem adhuc alias objicere, si id fiat in scriptis intra tres septimanas, à die insinuatæ citationis numerandas; sed effluxo isto termino, nullam plane exceptionem, etsi ex natura contractus oriatur, aut ex inspectione instrumenti statim appareat, ultra duas jam adductas impediendæ executionis institutæ vim habere, sed hæc verba dictæ decisionis: Keine andere Exception &c.

Digitized by Google

ita videntur esse accipienda, ut omnes alias, quæ in his decisionibus non sunt exceptæ, excludant. Certe etiam exceptionem restitutionis in integrum in continenti liquidam, & non factæ versionis in rem civitatis impedire executionem, aperte est constitutum in *Decis. Sax.* 15. & 16. Quin imo dantur etiam aliquæ in præallatis decisionibus non exceptæ, ut usurariæ pravitatis, competentiæ, item erroris calculi vid. Schwendend. *d. tr. p. m.* 382. quæ non obstante dicta decisione secunda, executionem nihilominus remorantur; proinde cuivis judicandum relinquo, anne præmemorata decisio eas tantummodo removeat exceptiones, quæ vel plane sunt dissimiles, vel juris publici tutelam non simul contineant, quam exclusam esse præsumi non potest. Sed quod adduxi de aliquibus exceptionibus, pro vitanda executione objiciendis, illud ita demum verum, si antea in Processu vel plane non fuerunt adductæ, vel adductæ quidem, non tamen plene cognitæ, nam alioquin rei judicatæ autoritas obstaret. *l. 7. §. 1. ff. de compens.* junct. *l. 25. ff. de stat. hom.* Carpz. *in Proc. Tit. XXII. art. 6. n. 59. seq.* qui *sub n. 70. & seq.* post factam executionem contra actus ulteriores nullam amplius exceptionem admittendam esse subjicit, ut proinde, quomodo & quando sit opponenda exceptio in quavis judicii parte, reum oporteat esse valde omnino circumspectum.

De Remediis, quæ permodum Actionis & Exceptionis proponi possunt, occasione l. 156. §. 1. ff. de R. J. sub præsidio ANDREÆ MYLII, J. U. D. & instit. Imper. Prof. Publ. d. 26. Febr. 1685. sol nniter disputavit CHRISTIANUS FRIDERICUS KEYSER, Altenburgo-Misnicus.

REmedia, quibus ceu instrumentis Bach. *de Act. disp. 1. th. 7.* id quod nostrum est, & quod nobis debetur vid. *l. 25. π. de O. & A.* obtinere volumus, vel Actiones sunt, vel Exceptiones. Quarum illæ, quod alius tenet, persequuntur *l. 15. §. fin. π. de inoff. testam.* hæ vero actorem justum quidem sed iniquum *pr. J. de except.*

except. repellunt *l.* 2. *ff.* & *l.* 10. *C. eod. pr. J. de replic.* Utraque vel separatam & extra se existentem habent naturam, vel in idem feruntur objectum, & in eundem tendunt finem. Hinc fieri potest, ut ejusdem rei nomine modo actionem, modo exceptionem habeamus. Quod, quia frequenter accidit, non inutiliter me facturum esse reor, si, dum specimen publicum edere debeo, sequentem ea de re suscipiam Tractationem. Quoniam vero tota hæc nostra Tractatio ex Regula juris ab Ulpiano in *l.* 156. §. 1. *ff. de R. J.* proposita, tanquam ex fonte deducenda est, ideo eandem, ut præmittamus, methodi ratio exigere videtur.

L. 156. §. 1. *ff. de R. J.*
Ulpianus *lib.* 70. *ad Edictum.*

Cui damus Actiones eidem & Exceptionem competere multo magis quis dixerit. Paulo aliter Bonifacius VIII. *in Cap.* 71. *de R. J. in 6to.* ***Qui ad agendum*** inquit, ***admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus.***

CAP. I.

De Interpretatione hujus Legis declarativa.

SUMMARIA.

1. *Partes Legis.* 2. *Inscriptio.* 3. *Constitutio.*

NOtanda est hujus Legis tum Inscriptio, tum Constitutio. 1
Inscriptio habet: Ulpianus *lib.* 70. *ad Edict.* Quibus verbis Au- 2
tor Legis, (quem sub Imperatore Antonino Caracalla vixisse, memoriæ proditum est. Gothofred. *Hist. jur. de Success. juris.*) indicatur: Scripsit is ad Edictum libros 83. vid. Index Scriptor. à vet. JCtis edit. ex cujus septuagesimo præsens textus est desumptus. Eandem Inscriptionem *l.* 1. *ff. de superf.* continet, unde valde probabile est, legem

gem nostram ex dicto loco desumptam esse. Jacob Gothof. *ad h. l. inpr.*

8 Constitutio varia exhibet vocabula, quæ ordine explicabo.

Cui) Hic denotatur subjectum, de quo competentia exceptionum prædicatur.

Damus) Verbum dare alias dominii translationem importat §. 14. *J. de Action. l.* 75. §. *fin. π. de V. O. l.* 25. §. 1. *π. de Contrah. empt.* hic vero idem, quod conferre, concedere, significat, quomodo de Prætore alias dicitur, quod vel Actionem, Brisson. *de Formul, lib.* 5. *p.* 465. vel Exceptionem *l.* 1, §. 6. *in fin. π. ne quid in flum. publ. l.* 1. §. 16. *π. de flumin.* dare soleat.

Actiones) vel Actionem: vid. *Edit.* Haloandr. quod probabilius, quia & Exceptionis verbum in singulari numero ponitur. Accipitur autem Actionis vocabulum hoc in loco non in strictiori significatione, ut persecutionem ordinariam denotet, sed generaliter pro persecutione quavis, sive ordinaria ea sit, sive extraordinaria, & officii judicis imploratio. Vid. *l.* 24 §. *fin. π. de minor.* junct. *l.* 9. §. 4. *π. de jurejur.*

Exceptionem) quam pro quavis allegatione & juris & facti competere, inferiora sufficienter demonstrabunt.

Multo magis) Comparative sumptis his vocabulis, id quod toties contingit, quoties Comparativus collocatur inter duo inæqualia, quæ tamen invicem se compatiuntur. Bald. *in l.* 26. *C. de transact.* Adde *Gl. in l.* 1. *π. commun. div. l.* 48. *π. de V. O. Gl. in l.* 4. *π. de Jdict.* Scrip. Gent. *l.* 1. *de Jdict. cap.* 24. Zas. *ad Tit, Si cert. pet. n.* 26. quod hic satis se exerit, dum argumentum à minus favorabili ad magis favorabile ducitur. Jacob. Gothof. *ad h. l.*

CAP. II.

De Interpretatione hujus Legis extensiva.

SUMMARIA.

1. *Regula nostra non est principium.*
2. *Duo principiorum genera.*
3. *Ex quonam principio hæc regula veniat?*

4. Ex

4. *Ex regula hac dua alia fluunt regulæ.*
5. *Regula I. Cui in seqq. varia subjiciuntur exempla, quæ ostendunt, quod qui actionem, idem & Exceptionem habeat, v. g.*
6. *Superficiarius.*
7. *L. 5. Qui rem aliquam bona fide 10. aut. 20. annorum spatio possedit.*
8. *Filius a Patre inique exheredatus.*
9. *L. 5. Qui alterum sibi debere juravit.*
10. *Heres Legata ultra dodrantem relicta præstans.*
11. *Uxor, cujus maritus inopia laborat.*
12. *Bonorum possessor.*
13. *Prædicta procedunt ulterius in remedio nullitatis.*
14. *Et restitutionis in integrum.*
15. *Ergo etiam agere & excipere possunt metum passi.*
16. *Dolo decepti.*
17. *Ob absentiam læsi.*
18. *Subnectuntur præcedentibus creditores hypothecarii: v. g.*
19. *Locatores prædii rustici de illatis & oppignoratis.*
20. *Uxor ratione dotis.*
21. *Caupo ratione illatorum.*
22. *Advocatus ratione honorarii.*
23. *Sartores, sutores & similes personæ ratione mercedis pro re confecta.*
24. *An idem dicendum de eo, qui in rem alienam fecit impensas, neque tamen possidet?*
25. *Adduntur adhuc læsi ultra dimidium.*
26. *Qui per errorem facti & juris solverunt.*
27. *Mulier intercedens.*
28. *Qui chirographum dedit.*
29. *Is cui liberatio legata.*
30. *Reg. II. quæ declaratur exemplis, veluti*
31. *Negotiorum gestorum.*
32. *Procuratoris.*
33. *Creditoris.*
34. *Tutoris.*
35. *Idem de Commodatario sentiendum.*
36. *Quid Juris in compensatione?*

37. *Et deposito.*

38. *Et emptore, à quo venditor rem venditam evincere conatur.*

1 ANtequam facta illa, de quibus ceu speciebus Regula hæc ut genus prædicari debet, vid. Dyn. *in rubr. Præm. de R. J. in 6. n. 4.* Frantz. *ad Tit. ff. de LL. num.* 46. Barbos. *in Thesaur. Loc. comm. lib.* 16. *cap.* 5. *aph.* 13. recenseamus, ante omnia ostendendum est, eam non 2 esse principium seu regulam regulæ, sed regulam in specie. Nam ut egregie notat Anton. Faber. *in Epist. ad Lector. jurisprudentiæ Papinianeæ præfixa, duo sunt principiorum genera, unum eorum, quæ prima dicuntur & independentia, atque, ut Philosophi loquuntur, primo prima, alterum eorum, quæ subordinata sunt, &, ut ajunt, secundaria, quorum rationem, si altius investiges, facile reperies pendere illa ex aliis superioribus, quæ vel ad Jurisprudentiam ipsam, vel ad Philosophiam aut naturalem aut* 3 *moralem, aut politicam aut œconomicam hic referuntur.* Dependet igitur ex alio principio, quale est illud Arriani *in l.* 47. *ff. de O. & A.* ibi: *Multum interest, an aliquis liberetur, ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum, ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem. Nam in eo,* inquit Ferrar. *h. l. jus consistit, ut aut acquiramus, quod nobis debetur, aut conservemus quod partum nobis est.* Adde *l.* 38. *ff. de re judic. l.* 99. *ff. de V. O. l.* 5. *ff.* 4 *de pœnis. l.* 125. *ff. de R. J.* Regula vero nostra duas alias producit regulas; quas, licet effectu inspectu coincidant, majoris tamen perspicuitatis ergo cum propriis exemplis subjiciamus.

5 Prima esto: *Possidentes Exceptionem, non possidentes Actionem* 6 *habemus. vid. l.* 52. *ff. de A. R. D.* Inde infertur, quod superficiario, si possessione ceciderit, actio vel conducti, vel empti, vel in factum adversus dominum competat. Ergo multo magis, si dominus superficiem vindicare voluerit exceptionem empti venditi, locati conducti, vel in factum eidem competere dicendum est. *l.* 1. §. 4 *ff. de su-* 7 *perficieb.* Si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, & longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi acquisivit, &, si postea fortuito casu possessionem perdidit, etiam actionem ad eandem rem vindicandam habet. *l.* 8. *pr. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* eam-

que

Digitized by Google

que tam directam quam utilem, contra dominum æque ac contra tertium. Donell. *lib.* 5. *cap.* 29. *in pr.* Pinell. *ad Authent. nisi tricennalis num.* 37. *& seqq. C. de bon. matern.* Filius à patre suo inique exhereda- 8
tus actionem inofficiosi testamenti adversus heredem institutum intentare potest *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. de inoff. testam.* sed si scriptus heres adversus exclusum, hereditatem possidentem, actionem moveat, exceptione inofficiosi testamenti defenditur. *l.* 8 §. 13. *ff. d. t.* Petitore ju- 9
ramentum deferente, si possessor juravit, exceptione jurisjurandi defenditur § 4. *J. de except.* ast si amissa possessione is qui detulit jusjurandum, nactus est possessionem, actio in factum ei danda est. *l.* 1. §. 1. *ff. de jurejur.* Heres Legata ultra dodrantem relicta præstans, rei vin- 10
dicatione quartam repetit *l.* 26. *pr. ff. l.* 10. *in fin. C. de Leg. falcid.* Frantz. *Exercit.* 7. *qu.* 7. & Legatarios solida Legata petentes doli mali exceptione removere potest. *l.* 15. §. 1. *l.* 16. *ff. d. t.* Uxor per vi- 11
am Actionis experiri potest, ut ob inopiam viri in tuto dos collocetur, sed si ipsa eam possidet, facere illud potest per modum Exceptionis. Cagnol. *ad h. l.* Bonorum possessor à prætore jus in universitate 12
bonorum habet quæsitum; cujus vi competit & Actio ad persequendam & Exceptio ad retinendam bonorum possessionem *l.* 3. §. 2. *ff. de bonor. possess.* Nullitatis quoque remedium per modum Actionis & Ex- 13
ceptionis proponi potest. Vant. *de Nullitat. rubr. Quoties & intra quod tempus n.* 8. Quare liberum est heredi excluso, testamentum in quo forma testandi nec intrinseca nec extrinseca fuit observata vel agendo, si tertius, vel excipiendo, si ipse possidet, nullum dicere. Sed & in 14
integrum restitutio & per actionem. *l.* 24. §. *fin. ff. de minor.* & per exceptionem proponitur *l* 9. §. 4. *ff. de jurejur.* Metum igitur passus, si 15
promissum præstitit, actionem, quod metus causa contra quemcunque rei possessorem exercet. *l.* 1. *ff. quod metus causa.* §. 31. *J. de action.* si nondum præstitit, exceptione metus defenditur. *l.* 9. §. 3. *ff. quod metus caus.* §. 1. *J. de Exception.* Dolo deceptus, re præstita actione doli 16
ad præstandum id quod interest, utitur. §. 31. *J. de action. t. t. ff.* de dolo malo, alias agentem doli Exceptione removere potest *l.* 21. *ff. solut. matr. l.* 14. §. 5. *ff. de Leg.* 1. Ob absentiam læsis Prætor actionem 17
rescissoriam concedit §. 5. *J. de action.* Sed si forte redierint & possessionem rei amissæ sine vitio nacti fuerint, & alter vindicet, Exceptio competit. *l.* 28. §. 5. *ff. ex quibus caus. maj.* Hoc amplius, quibuscun- 18
que

que hypotheca in re alterius competit, illi possidentes Exceptionem retentionis, non possidentes vero hypothecariam exercent Actionem.
19 Sic locator prædii rustici de rebus illatis & expresse oppignoratis & Actionem habet §.7. *Inst. de Action.* ibique Jason. *n.* 80. & Exceptionem *vid. l.* 34. *π. de damno infecto. l.* 54. §. 1. *π. Locat.* quod ad omnes hypo-
20 thecarios extendi potest. Uxor soluto matrimonio dotem à marito vel ejus hæredibus tenentibus eam actione repetit. *l. un. C. de R. U. A.* ipsa vero possidens ad restitutionem usque eam retinet *l. fin.* §. 1. *C. qui pot. in pign.* vid. *Constit. Elect.* 33. *p.* 3. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 33. *n.* 33. Hartm.
21 Pist. *p.* 1. *qu.* 4. *n.* 34. Carpz. *p.* 3. *Const.* 25. *def.* 8. Caupo contra hospitem passivum & Actionem locati & Exceptionem retentionis de rebus illatis, donec impensæ hospitationis sint præstitæ, exercet. Berlich. *p.* 1. *conclus.* 73. *n.* 102. *& concl.* 74. *n.* 33. Carpz. *p.* 1. *const.* 30. *def.* 18.
22 *n.* 7. *& p.* 2. *const.* 25. *def.* 22. *n.* 4. Advocatus honorarium variis petere potest actionibus. vid. *Gl. in l.* 1. *C. mand.* Franz. *ad tit. π. mandat. n.* 34. *& seqq.* Bachov. *vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 1. *lit. e. E.* etiam Acta retinere potest, donec ei satisfiat. *l.* 12. *π. de vi & vi armata.* Gail. 2. *obs.* 12.
23 *n.* 5. quod jus etiam sartoribus, sutoribus pro mercede rei confectæ, nec non aurigis & tabulariis pro salario vecturæ datur. Bald. *in l. ult.*
24 *n.* 1. *C. commod.* Sed an idem dicendum sit de eo, qui in rem alienam fecit impensas, nec tamen amplius rem possidet? Multum sane interest, an alieno an proprio nomine eas fecerit, ita, ut casu priori & Actionem habeat ad repetendum *l.* 2. *l.* 5. *π. de negot. gest.* & exceptionem ad retinendum *h. l.* posteriori casu vero nullam non possidenti Actionem competere optimis argumentis demonstrat Vinn. *lib.* 1. *qu.* 24. cui præter album calculum nihil adjicio. Dissent. Franz. *Exercit.* 4. *qu.* 5. Moribus juxta simplex jus gentium toties nascitur obligatio, quoties res nostra melior facta est. Cyprianus Regner. *disp. ad Inst.* 5. *th.* 14. adde Grœneweg. *de LL. abrog. ad* §. 30. *J. de R. D.* & Struv.
25 *Exercit.* 11. *th.* 36. *in fin.* Cum his exemplis conveniunt sequentia, v. g. quod ultra dimidium læsus vel contra lædentem actione ex contractu experiri, Arum. *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. disp.* 4. *th.* 24. Bachov. *vol.* 4. *disp.* 2. *th.* 9. *lit. C.* vel eundem agentem exceptione læsionis ultra dimidium repellere potest. Pinell. *ad d. l.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 1. *c.* 3. *num.* 6. 7. Sande. *lib.* 3. *decis. Fris. tit.* 4. *def.* 13. *in fin.* Barbos. *in Cod. ad d. l.* 2. *n.* 37. Carpz. *p.* 2. *c.* 34. *d.* 3. *num.* 2. *& lib.* 5.

Tit. 6.

Digitized by Google

Tit. 6. *Resp.* 53. Item quod per errorem facti & juris vid. Bachov. *de Action. disp.* 4. *th.* 17. Franz. *in Comment* π. *h. t. n.* 28. *seqq.* Vinn. *ad* §. 3. *J. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc. n.* 3. & *lib.* 1. *select. quæst. c.* 47. est solutum, condictione indebiti repetitur. *tt.* π. & *C. de condict. indeb.* Sed si tantum est promissum, agens exceptione erroris se tuetur. §. 1. *J. de Except.* Sic Mulier ex intercessione sua solvens eadem condictione solutum repetit. *l.* 9. *C. ad SCt. Vellej. l.* 8. §. 3. *l.* 24. §. 2. *l.* 31. π. *eod.* Sed si nondum solvit, & ambigua sit intercessio, succurritur per exceptionem SCti Vellejani *l.* 14. π. *ad SCtum Vellej.* Et qui chirographum dedit creditori, in quo confessus est, se pecuniam ab eo accepisse, quam tamen non accepit, de pecunia non numerata queri potest, tum per modum Actionis, qua chirographum repetere licet, vel per condictionem sine causa vid. *l.* 32. π. *de R. C.* vel causa data causa non secuta *l.* 7. *C. de non num. pecun.* vel mediante actione pignoratitia, vel rei vindicatione *l.* 11. §. 2. & *l.* 1. *C. d. t.* tum per modum Exceptionis non numeratæ pecuniæ §. *un. J. de liter. oblig.* Legata etiam liberatione, hæres non modo à debitore, ut liberetur per acceptilationem, conveniri §. 13. *J. de Legat.* & si ab herede conveniatur, exceptione liberationis legatæ se de fendere potest. *l.* 3. §. 2. *l.* 22. π. *de liberat. Legat.*

26 (margin): 26 27 28 29

Regula secunda: *Quod contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis l.* 18. §. *fin.* π. *commod.* Hinc negotiorum gestor impensas in negotium alienum factas *l.* 2. π. *de neg gest.* utiles & necessarias *l.* 27. *l.* 45. π. *eod.* actione negotiorum gestorum contraria repetere, & directa actione conventus jure pensationis *l.* 11. π. *eod.* & retentionis *l.* 14. §. 1. π. *comm. div.* salvas habere potest. Manz. *ad* §. 1. *J. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Procurator restitutionem sumptuum bona fide *l.* 12. § 9. π. *Mandat.* vel necessario *l.* 56. § *ult.* π. *eod.* vel probabiliter factorum *l.* 4. *C. eod.* actione mandati contraria petit. *d. l.* 12. §. 9. & proinde eos & exceptionis jure recuperabit. *l.* 25. *in fin.* π. *de Procurat.* Meier *in C l. A. ad Tit. Mand. th.* 31. *in fin.* Crediter propter impensas pignoris contrariam movet actionem *l.* 8. π. *l.* 7. *C. de pignor. act.* Conventus vero à debitore eundem exceptione compensationis *l.* 24. π. *eod.* & retentionis *l. un. C. etiam ob chirograph. deb.* repellit.

30 31 32 33

repellit. Negusant. tr. de pign. p. 5. n. 4. Oldendorp Class. 3. Act. 13. p.
34 m. 362. Franz. ad Tit. π. de pignorat. act. n. 34. Tutori adversus pupillum, ad id, quod ei ob tutelæ administrationem abest, l. 3. §. 1. π. de contr. tut. act. vel absuturum est l. fin. π. eod. Carpz. p. 2. const. 11. def. 40. contraria tutelæ actio datur, eidem ergo, ut detur Exceptio æquitati, omnino est consentaneum. l. 1. §. 4. π. eod. Sed quid juris in com-
35 modato? Sane non est dubitandum, quod uti commodatario pro impensis in rem commodatam factis actio datur contraria, ita & eidem exceptionem tum retentionis, tum compensationis competere debere l. 18. §. fin. π. Commod. l. 15. §. fin. l. 59. π. de furtis. modo circa retentionem hæc observetur differentia, quod illa procedat, si sit ex eadem causa commodati, non si ex causa diversa, sic accipiunt l. fin. C. de Compens. Barthol. Giphan. ad l. fin. C. de Compens. Aliter hanc Le-
36 gem explicat Cujac. quem sequitur Zœs. ad π. Tit. Commod. n. 21. Sed in compensatione major occurrit difficultas, partim quia nihil expresse in toto jure hac de re dispositum reperitur, partim etiam, quia acerrimi ingenii viri diversas semper foverunt sententias. Nos, salvo aliorum judicio optime defendi posse hanc sententiam, arbitramur, compensationem in commodato locum non habere. Ratio, quia in deposito illa locum non invenit §. 30. J. de act. l. fin. C. de Compensat. Quod juris vero hic est in deposito, illud multo magis in commodato, ut servetur, necesse est. Nam commodans commodatario officium gratis præstat, sed non ita depositarius deponenti. Deinde, quia compensatio fit in quantitatibus l. 4. l. 8. C. de Compens. quæ regulariter non commodantur l. 3. §. fin. π. commod. nisi æstimatio rei forte peremptæ sit restituenda. Donell. in l. fin. C. de Compens. Zœs. ad Tit. π. Commod. num. 22. Busius. in d. l. 18. π. §. fin. π. d. t. Dissent. Angel. Salycet. Castrens. in d. l. 18. π. Commod. Forner. 2. Select. 4. Althus. in Dicæolog. lib. 2. cap. 16. n. 10. Treutler. p. 1. disp. 24. th. 4. lit. E. ibique Bach. Subtiliter in hanc quæstionem inquirit Frantz. asserens, quod propter impensas necessarias res commodata usque ad restitutionem desinat esse talis, quæ sententia imprimis ob exemplum impensarum rei dotalis, (quo ipse utitur) haud improbabiliter defendi potest. in Exercit. 9. qu. 7. in fin. & in Comment. π. de Compens. n. 18. De deposi-
37 to etiam sciendum, pro impensis & actionem contrariam & exceptionem retentionis depositario competere. Et quidni competeret, cum

Digitized by

cum eæ, si necessariæ, ex voluntate deponentis sint factæ. Quomodo igitur potest reprobare, quod ante verisimiliter eum probasse constat. *l.* 75. *d. R. I.* vid. Wurmser. *Nucl. jur. contr. lib.* 3. *tit.* 15. *controvers.* 15. *per tot.* Quod tamen ad compensationem extendi nequit. §. 30. *J. de Act. l. fin. C. de compens.* Hæc enim neque si species, neque si res fungibilis est deposita locum habere potest, tum quia textus citati generaliter sunt concepti vid. *l.* 8. *π. de publ. in rem act.* tum quia frustra forte fuisset hæc dispositio, cum alias ordinarii sit juris, quod in speciebus compensatio non valeat. *l.* 13. §. 2. *π. de pign. l.* 18. *π. de pignor. act. l.* 11. *C. de contrah. empt. l.* 16. *π. de jure delib.* nisi ab initio species certa deposita fuerit, & postea ex causa aliqua in locum ejus successit æstimatio, nam ita compensationem admittunt. Bachov. *Tr. de Action. disp.* 6. *th.* 23. 38. Arum. *Exercit.* 12. *th.* 13. Denique notandum, quod, si venditor rem à se distractam evincere conetur, eligere emptor possit, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem doli elisa, an potius re ablata actione ex stipulatu ad duplum experiri, *l.* 17. *l.* 18. *π. de Evict.* Inde est commune illud Dd. brocardicum: Quem de evictione tenet actio, eundem agentem multo magis repellit exceptio. Gothofr. *ad. d. l.* 17. *π. de Evict.* Wesenb. *ad. Tit. de Except. rei vend. n.* 2. Pacius *in Isagog. π. Tit. de Except. rei vend. & trad. pr.* 38

CAP. III.

De Interpretatione hujus Legis restrictiva.

SUMMARIA.

1. *Regula nostra limitationem recipit.*
2. *Dominus interdicto recuperandæ possessionis conventus exceptionem Dominii non habet.*
3. *Legatarii & fideicommissarii Legata & fideicommissa propria autoritate occupantes, exceptione dolo facis non defenduntur.*

4. *Conductor quæstionem Dominii referre non potest.*
5. *Exceptio illiquida contra debitum liquidum locum non habet.*

1 CUm nulla Regula (in specie sic dicta, non principium. Faber. *in Epist. ad Lect. Jprud. Papin. præf.*) tam firma sit, quæ non patiatur exceptionem *l.* 1. ibique. Petrus Fab. adde Dyn. Muxell. *ad proœm. de R. I. in* 6. quia omnes universales sunt & in materia practica, adeoque contingentes juxta Eichel. *in cap.* 1. *Prolegom. de R. I. aph.* 18. *& seqq.* ideo idem de nostra regula judicari debet. Hinc illa procedit, quando actio & exceptio ad idem tendunt; fallit, si ad diversa. Dec.
2 Cagnol. Ferrar. Bronchorst. Ludw. & Dd. communiter *h. l.* Quomodo Dominus rem suam à quovis possessore vindicat. *l.* 9. *l.* 23. *ff. de R. V.* sed interdicto recuperandæ possessionis conventus exceptionem Dominii non habet, licet actor ipse sit prædo, vel reus ab adversario vi, clam aut precario possideat. §. 6. *I. de Interdict.* Alia enim ratio est possessionis, alia proprietatis. *l.* 12. §. 1. *ff. de acqu. vel amitt. possess.* Nam spoliatus ante omnia est restituendus *l. pen. ff. l.* 6. *C. de vi & vi armat. cap.* 5. *X de restitut. spoliat.* Socinus. *Reg.* 466. Menoch. *remed. recuperand. l. num.* 109. *& seqq.* vid. late Ant. de Math. *ad d. l.* 12. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poss.* Landr. *lib.* 1. *art.* 24. ibi: Man soll Niemand aus seinen Gewehren weisen, ob er gleich mit Unrecht darein kommen wäre. Hinc passim dicitur, in interdictis causam & justitiam possessoris non attendi, sed nudum actum insistendi, & veram ac naturalem insistentiam. Francisc. Milan. *dec.* 3. *num.* 179. Kniechen *de jure territor. cap.* 5. *n.* 10. nisi Dominium statim appareat. Menoch. *d. l.* quem sequitur Mevius *p.* 7. *dec.* 299. *n.* 2. vid. Hahn. ad Wesenb. *Tit. de vi & vi arm. n.* 11. *verb. vel dominus est*, ut etiam cesset hic regula: *Dolo facit, qui petit,*
3 *quod mox est restituturus. l.* 8. *ff. de doli mali & met. except.* Sic Legatarii & Fideicommissarii pro Legatis & Fideicommissis consequendis Actiones habent. §. 2. *in fin. I. de Legat. l.* 1. *C. commun. de Legat.* sed si propria autoritate ea occupaverunt, interdicto quod Legatorum conventi exceptione dolo facis, se non defendunt. Dn. Eckolt. *ad tit. ff. quod legat.* §. 9. Æquissimum enim Prætori visum fuit, ne jus sibi dicatur, sed ut relicta ab herede petantur *l.* 1. §. 2. *ff. quod Legat.*
4 Rursus conductori nonnunquam actio de proprietate, non vero exceptio retinendæ possessionis competit. *l.* 25. *C. de locat.* Licet super con-

Digitized by Google

contractu locationis instrumentum sit confectum, quippe quod Dominium non probat. Cravett. *Conf.* 157. *num.* 5. Matth. *de afflict. decis.* 14. *num.* 8. *&* 12. nisi in casu *l.* 20. *C. de Agricol. & Censit.* vel in continenti probari possit, conductorem post locationem rei Dominium acquisivisse. Valasc. *consult.* 42. vel Dominii quæstionem in judicium deductam è conductore locator contestatus sit. *l.* 3. §. 11. *π. de pecul. junct. l.* 86. *π. de R. J.* Anton. Faber. *in Cod. Tit. de locat. def.* 10. vel ex novo jure post locationem contractam res locata cœperit ad conductorem pertinere. Menoch. *de recuperand. possess. remed* 11. *num.* 42. adde Christ. *vol. III. decis.* 118. *n.* 3. *& seqq.* Debitor etiamsi exceptionem 5 habet illiquidam contra actionem in liquido existentem, sicuti ea uti nequit, per modum actionis, si forte debitor creditorem prævenire, eumque processu ordinario implicare conatur. D. Carpz. *p.* 1. *decis.* 52. *n.* 8. qui in causa Caspar und Daniel der Gerharde contra Hanns Jacob Maulen zu Leipzig ita pronunciatum fuisse refert: Daß Klägerer Suchen nach Gelegenheit dißfalls nicht Statt hat, sondern sie seyen ihr Brieff und Siegel wiederum an sich zu lösen, und Beklagten oder dessen Cessionarium zu bezahlen, und nach geleisteter Zahlung ihre Nothdurfft in der Reconvention gebührlicher zu suchen schuldig Ita nec per modum exceptionis, quia quæcunque altiorem requirunt indaginem, liquidis actionibus non objiciuntur, sed futuræ reconventioni reservantur. vid. Nicol. *in Proc. p.* 3. *cap.* 12. *n.* 2. inprimis illud procedit, si ex literis cambialibus formetur processus. Quodcunque enim solutionem retardat, & in longum tempus differt, in Cambiis locum non habet. Raph. de Turri *de Camb. disp.* 2. *qu.* 16. *num.* 79. *& seqq.* Paratam enim habere debent executionem. Rot. Rom. *p.* 1. *dec.* 530. *num.* 7. sicut res judicata *l.* 2. *C. de execut. rei judicat. l.* 4. §. 4. *π. eod.* cujus vim recipiunt. Rot. Gen. *decis.* 2. *n.* 9. igitur nec exceptio non numeratæ pecuniæ hic locum habet. Raph. de Turri *d. l.* quod in aliis instrumentis aliter se habet. Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. *num.* 16. Carpz. *p.* 1. *const.* 32. *def.* 65.

CAP. IV.

Legis nostræ usum forensem ostendens.

SUMMARIA.

1. *Ratio tractationis in hoc Capite.*
2. *Formula querelæ inofficiosi ut est actio.*
3. *Formula ejus ut est exceptio.*
4. *An reus exceptione, quæ per modum actionis in judicium deduci potest, munitus actorem ex remedio L. si contendat provocare possit?*
5. *Formula ejus.*
6. *Horum remediorum duratio.*

1 QUoniam non sufficit legum habere cognitionem nisi ad usum transferantur, *siquidem is demum veri JCti nomen meretur, qui & artis suæ præcepta cognovit, & eodem casu ita ferente, ad utilitatem hominum tam publicam quam privatam accommodat*, ut loquitur ingeniosissimus JCtus Hermannus Vultejus *Tr. de jud. lib. 1, cap. 1. n. 9.* ideo non abs re facturum me esse arbitror, si vel unico exemplo (ita enim de cæteris facile judicium sumi potest) ostenderim, qua ratione de una eademque re & actio & exceptio formari possit. Est autem illud quere-
2 la inofficiosi testamenti, quæ, si sit actio, ita proponi potest:

P. P. Kläger sagt kürtzlich, wie daß jüngsthin sein Vater Todes verfahren und vorher in einem gefertigten Testament Beklagten zum Erben eingesetzet, in welchem er Klägern gäntzlich enterbt und ausgeschlossen, wann aber, daß Eltern ihre Kinder ohne rechtmäßige Ursache enterben, der natürlichen Pflicht zuwider, und Beklagter gleichwohl der Erbschafft, welcher er sich angemasset und besitzet, zu restituiren sich verweigert; Also fordert Kläger von Beklagtem deutliche Antwort, und bittet nach deren Erfolg in Rechten zu erkennen und auszusprechen, daß das von Klägers Vatern aufgerichtete Testament zu Recht nicht beständig; derowegen ist Beklagter die libellirte Verlassenschafft vermittelst eines Inventarii, oder in Manglung dessen eydlicher Specificaton cum fructibus perceptis & percipiendis abzutretten, der geführten Administration

tion halber richtige Rechnung abzulegen, ingleichen alle verursachte Schäden und Unkosten Klägern zu erstatten schuldig. Nobilissimum &c.

Si vero est exceptio, sequentem in modum exhibere debet: 3

P. P. Beklagter vernimmet, welchergestalt Kläger, daß er seines Vatern Verlassenschafft ihm als Testaments-Erben abtretten solle, vorbringen lassen, dieweil aber Beklagter in dem producirten Testament wider die natürliche Pflicht und Schuldigkeit enterbt worden, und solches dahero zu Recht nicht beständig; Als will er exceptionem inofficiosi Testamenti opponiret, und zu erkennen gebeten haben, daß Beklagter auf die wider ihn erhobene Klage sich einzulassen nicht schuldig.

Verum an reus tali exceptione, quæ per modum actionis in judicium deduci potest, munitus, actorem ex remedio *L. si contendat* ad agendum provocare possit, non inconvenienter quæritur? Negativam quidem suadet, quod reus, si actoris partes assumat, causamque suam mediante actione proponat, satis tutus reddatur. *vid. l. 16. π. de minor.* & Bartol. *in l. 15. §. eleganter. n. 4. π. de damno infecto.* Sed quia facto actoris reus qualitatem suam neque exuere, neque beneficia juris sibi competentia amittere potest, & quod inprimis spectandum, reorum jura actorum juribus sunt pleniora *l. 125. de R. J. l. 47. π. de O. & A. l. 38. π. de re judic.* ipsis remediis ordinariis hoc in passu præferenda. Barbos. *locuplet. lib. 15. Axiom. 6. in fin.* ideo prædictum remedium hic etiam obtinere constanter asserimus. Quibus 5
præsuppositis illud in superiori Facti Specie his proponi potest Formalibus:

P. P. Saget klagender Provocant, daß Beklagter hin und wieder sich vernehmen lassen, als wenn Klägers Vater sel. in einem aufgerichteten Testament Beklagten zum Erben eingesetzet, und Klägern darinnen gäntzlich ausgeschlossen. Wenn aber, daß solches aus rechtmäßigen Ursachen geschehen, nicht beyzubringen, und dergestalt Klägern wider Beklagtens vermeynte An- und Zusprüche Exceptio inofficiosi Testamenti zuständig; Als ist Kläger zu klagen unumgänglichen bewogen worden, fordert demnach richtige Antwort, und bittet zu erkennen, daß Klägern die libellirte Exception wider Beklagten zuständig; dannenhero ist derselbe seine vermeynte Zusprüche in Sächsischer Frist einzubringen und zu ver-

verweisen schuldig, in Verbleibung dessen wird ihme ein ewiges Stillschweigen billig auferleget. Nobilissimum &c.

6 Antequam vero finiamus hanc Tractationem, de duratione horum remediorum quædam sunt adjicenda. Sane, si per nudam actionem proponuntur, idem tempus, quod cuique generi actionum hic occurrentium naturaliter inhæret, eadem recipere, vix ullum habet dubium; secus si per modum exceptionis, ubi prima quidem fronte perpetua ea videbantur, eo, quod omnis exceptio perpetuo duret. *l. 6. C. de Except. l. 4. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Unde vulgatum est Dd. brocardicum: Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Sed quoniam ratio perpetuitatis à JCtois *l. 5. §. fin. π. de doli mali & metus except.* expressa hic cessat, ideo sicuti actionum naturam tales exceptiones induunt, ita eodem tempore cum iisdem eas finiri firmiter asserimus. Busius *lib. 1. subtilit. Jur. cap. 1. n. 15.*

Dissertatio Inauguralis, qua de eo, quod interest inter Actionem ipso jure nullam, & ope Exceptionis elidendam, in Alma Leucorea, Præside GEORG. MICH. HEBERO, J. U. D. & Professore publico, nec non Curiæ Electoralis, Scabinatus & Facultatis Juridicæ Assessore, disputavit GOTTLOB LEISTENIUS, Weissenfels. Misn. ad diem 25. Maj. Anno MDCC.

HAud parum injurii sunt in Jurisprudentiam, qui præsens disserendi argumentum ut meram scrupulositatem intuentur, rati, præterquam, quod è rostris scholasticis doceatur, nihil quicquam utilitatis in foro secum vehere. Sed quam male? consideranti ex mox dicendis patebit. Antequam vero me ad rem ipsam accingo, duo inprimis sunt monenda. Primo, nequaquam propositi finem esse, ut negotia excutiam, quæ vel ipso jure sint infirma, sive actiones ipso jure tollant, vel quæ duntaxat exceptionem pariant, ad quod vel integer Tractatus non sufficeret; sed saltem differentias, quæ inter hæc duo intercedunt, proponam, pariter atque ostendam, eas hodienum, quoad maximam partem, vigere. Secun-

Digitized by

Secundo in eo acquiesco, quod distinctionis usum saltem in aliquibus Juris passibus monstraverim. Quod si ergo quis sit, qui adhuc majorem utilitatem in aliis quoque Juris capitibus ostendere gestiat, hujus sui instituti me eo facilius habebit approbantem, quo mihi inpræsentiarum nihilque antiquius est, quam hujus doctrinæ propugnare reale discrimen. Dissertationem autem ita dispescam, ut tres Sectiones contineat. Quarum prima aget de distinctionis usu communi, i. e. qui non tantum in Actionibus personalibus, sed & realibus locum invenit. Altera usum tradet in Actionibus realibus tantum. Et tertia usum ostendet in Actionibus personalibus tantum. Esto ergo

SECTIO. I.

Usum communem exhibens.

THES. I.

NE tamen vel in limine negotii aliquid obstet, quod gressum impediat, hoc primum sibi vindicat labor, ut ea ex via removeamus, quæ pedibus nostris officere videntur. Obstat autem effatum Pauli *in l.* 112. *ff. de R. Jur.* Nihil interest, inquientis, ipso jure quis actionem non habeat; an per exceptionem infirmetur. junct. *l.* 7. §. 8. *ff. de dol. l.* 7. §. 14. *ff. ex quib. caus. in possess.* Sed responsio est in proclivi; scilicet distinguendo inter τὸ ὂν & τὸ πῶς, inter rem & rei modum. Loquitur Jureconsultus de eo; non vero de hoc. Sic diffitendum non est, nihil interesse, utrum quis ipso jure à limine Judicii summoveatur, an demum per modum exceptionis. Utrinque enim actor nihil lucratur, reusque absolvitur. At quod modum rei attinet, puta, quando & qua lege actio sit instituenda? quid Judici, Partive, circa hanc vel illam liceat? quidque juris, si actio adversus tertium intentetur? hoc sane intuitu inter actionem ipso jure irritam, & ope exceptionis infirmandam, magnum multumque discrimen esse, demonstrabimus satis superque in subsequentibus.

THES. II.

Prima vero, quæ se sistit differentia, equidem saltem nominalis est,

est, eam tamen præterire non licuit, cum ad majorem rei intellectum faciat. Et sciendum, actione ipso jure extincta, vocari intentionem rei, inficiationem, exceptionem intentionis sive facti. Hopp. *ad Inst. Tit. de except. ad pr.* Ubi tamen notandum, τὸ facti hic longe alio sensu venire, quam alias factum in pactis versari dicitur. *l. 27. §. 2. ff. de pactis.* Nam ea ratione exceptio pacti etiam exceptio facti appellari potest. Hoc autem loco ideo talis dicitur, quia reus contendit, quod actio tantum de facto, non etiam de jure intendatur. Zasius *l. 2. ff. de except. n. 7.* ex eoque Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 1. C.* Actione vero non ipso jure sublata; sed ope demum exceptionis tollenda, audit Depulsio, Exceptio Actionis sive Juris, item Præscriptio. *l. 91. de solut. l. 9. de transact. l. pen. C. de pact. l. 8. & l. pen. C. de except.* Unde & titulus in Π. *de exceptionibus & præscriptionibus* & Cod. *de exceptionibus* seu *præscriptionibus*, conceptus est, quemadmodum & græco idiomate exceptio, παραγραφὴ, dicitur, ut in *Novell.* & passim apud Theophilum Paraphrasten. Conf. Frantzk. *ad Inst. de except. §. 1. n. 11. 12. 13.*

THES. III.

Imo vix nobis temperare possumus, quin & ex Jure veteri differentiam adducamus, quæ quidem suo tempore non minimi erat momenti, sed hodie propter abolitum formularum usum non potest non in desuetudinem abiisse. Invaluerat autem olim apud Romanos, ut non tantum actionum, sed & exceptionum formulæ postularentur & impetrarentur. Sic Cicero tradit *de Invent. Agit is, cui manus præcisa est, injuriarum; postulat is, cum quo agitur, à Prætore exceptionem:* Et mox: *Is qui agit, Judicium purum postulat: ille, quo cum agitur, exceptionem, ait, addi oportere.* Idem *Lib. de Orator. Homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur, cujus pecuniæ dies fuisset.* Quid? quod, argumenta cominus extant. Sic Ulpianus in *l. 1 §. 6. ff. Ne quid in flumine publico*, docet: *Sunt, qui putent excipiendum hoc interdicto, quod ejus ripæ muniendæ causa non fiet.* Et mox: *Hoc tamen jure utimur, ut Prætor ex causa æstimet, an hanc exceptionem dare debeat?* Idem probant. *l. 1. §. 16. ff. de flumin. l. 7. ff. de condit. instit. l. 39. §. 3. ff. de damno infect.* Id quod & causæ esse

Digitized by Google

esse putem, quamobrem Ægidius Hortensius exceptionem definiat: *quod sit adjectio ad formulam actionis, pro reo, ad intentionem actoris excludendam.* Qua in parte autem Quirites Romani hoc jure utebantur, ut quidem in bonæ fidei judiciis non necessarium esset, exceptionum formulas petere & impetrare, utpote quibus exceptiones suapte natura inesse censebantur. *l. 21. ff. solut. matrim. l. 24. §. 5. ff. de legat. l. 3. ff. de resc. vendit.* Brissonius *de formul. & solemn. l. 5. p. m.* 402. At in stricti juris actionibus hoc eousque requirebatur, ut illud ne quidem sine dispendio exceptionum omitti posset. Neque enim in his aliter exceptionum ulla habebatur ratio, quam si earundem testatio & impetratio formulæ actionis inserta esset. Consistebat proinde differentia in eo, quod quoad stricti juris judicia reus exceptione actionis non, nisi Prætor eam in formula actionis reservasset, frui cum effectu posset. Frantzk. *ad Inst. de except. §. 1. n. 19.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 26. th. 1. C. in fin.*

THES. IV.

Neque moribus nostris melioris farinæ differentia esse videtur: quod actio, ipso jure extincta, pacto resuscitari nequeat *l. 98. §. 8. de solut.* possit tamen actio summo jure superstes. Nam sicuti hæc diversitas eo innititur fundamento, quod Jure Romano pacta nuda non actionem, sed exceptionem producant; ita, postquam diverso jure utimur, ubi quævis pacta actionem pariunt, nemo non videt, hodie hanc differentiam evanescere oportere. Quanquam si dicendum quod res est, adhuc utique distinguendum esse videtur inter actiones personales & reales; ita ut quoad illas; non etiam quoad has differentiam simpliciter abrogatam esse dicamus. Etenim adhuc hodie ea Juris Civilis ratio valet, quod per pacta non jus in re, sed jus ad rem quæratur. Quemadmodum igitur adhuc hodie pacta ad jus in re producendum minus sunt apta; ita nec idonea esse possunt ad jus in re restaurandum. Cui nunc ergo consequens, rei vindicationem hodie-num, si actio ipso jure extincta, atque ipsum dominum amissum, pacto restitui non posse; posse vero, si non quidem ipsum dominum extinctum, sed hoc saltem propter obstantem præscriptionem inefficax sit: nuda enim exceptio præscriptionis quin pacto remitti queat, nihil obstare videtur. Quæ & clarius ex inferioribus patebunt. Quo

vero loco simul quæritur: An hodie pacta nuda sicuti producunt vim agendi; ita etiam efficacia gaudeant actionem ipso jure irritandi? Cujus equidem affirmativa mihi dubia videtur. Nam licet concesserim argumentum ab ἐνεργεία actionem procreandi ad ἐνεργείαν actionem ipso jure infirmandi in sensu negante procedere; quin tamen idem valeat in sensu affirmante exempla, de Constituto, Jurejurando, & Rejudicata, prohibere videntur. Tralatitium enim est præfata negotia omnia actiones parere, sed actiones non ipso jure perimere, evincunt, *l.* 18. *& l.* 28. *ff. de const. pec.* §. 4. *&* 5. *Inst. de except.* Et si urseris simplicitatem Juris Gentium, quam mores in pactis sequuntur, dubium recurrit, distinctionem, secundum quam actio vel ipso jure sublata, vel summo jure adhuc salva dicitur, Juri Gentium esse incognitam, merumque esse commentum Juris Civilis. Ex quo nunc patere, rem non ex Jure Gentium, utpote quo actio neutro modo talis dici possit, sed Jure Civili dijudicandam esse. Jam vero Juris Romani principiis nihil repugnare, actionem producere & non æque actionem ipso jure tollere, ut allata exempla probent, consequenter nihil obstare, cum Juris Communis dispositio moribus hactenus non contrarietur, quin & hac in parte Jus Civile receptum esse dixeris; potissimum, cum secundum communem Doctorum sententiam ægre ad disconvenientiam Juris Romani & Patrii sit deveniendum, nec ea prius admittenda, quam res aliter salvari nequeat. Verum rem utique recte sentientibus relinquo, cum hæc non litis definiendæ gratia, sed saltem dubiorum loco, proposita voluerim.

THES. V.

E contrario majoris utilitatis differentia esse videtur: quod sententia lata super actione, ipso jure extincta, non transeat in rem judicatam; transeat vero, si lata super actione stricto jure tantum competente, nec opposita sit Exceptio. Cujus equidem ratio in eo consistit, quod priori casu objectum deficiat, super quo ferri potest. Quemadmodum vero sententia, tanquam res accessoria, semper materiam requirit, super qua feratur; ita postquam hæc deest, sententia non potest non esse invalida. At posteriori casu aliquid omnino subest, super quo pronuncietur, saltem, quod sententia inique

dica-

Digitized by Google

dicatur. Quod cum reus senserit, vel sentire tamen debuerit, sibi imputet quod non provocaverit. Neque enim de injuria sibi illata queri potest. Damnum sua culpa sentit. Nam jura vigilantibus sunt scripta. Quæ ergo cum ita sint, vix Mevio assentiri possum, *dec.* 189.*n.*2 *P.*4. autumanti: Nullitatis querelam hodie non aliter locum habere, quam vitium circa Processus solemnia contractum; Si merita causæ concernat, moveri non posse, quamque suam sententiam statuminare satagit per *l.* 1. *& fin. C. sentent. resc. non poss. l. f. C. ut. lit. pendent.* Nam taceo, stante hac opinione, neque errorem calculi, neque ignorantiam Juris, neque dolum judicis, neque sententiam priorem, quæ vires rei judicatæ consecuta, sententias vitiare, contra *l.* 1. §. 1. *quæ sentent. sin appell. resc. l.* 2. *&* 5. *C. quand. provoc. non est necess. l.* 7. *C. eod. l.* 1. *C. eod.* ita dicti textus nihil probant, intelligendi quippe de sententiis, quæ non super actione ipso jure extincta; sed ope demum exceptionis elidenda, latæ sunt. Verum magis ad rem facere videtur *l.* 2. *C. sent. resc. non poss.* Sed nec hæc nos movet, ut sententiam mutemus, siquidem nihil impedit, quin eam de illa præscriptionis specie accipiamus, quæ non ipso jure liberat; sed exceptionem solummodo parit. Habemus autem ita, duo esse præscriptionum genera. Alterum, quod solo temporis lapsu contentum non est, sed aliquid amplius requirit, ut justum titulum, bonam fidem & sic porro. Alterum, ad quod solus temporis fluxus sufficit. Jam illud putamus, actionem ipso jure tollere: at hoc vero saltem exceptionem parere. Nam solum tempus sicuti actionem non producit; ita nec tollere potest. *l.* 44. *ff. de O. & A.* Et quanquam distinguere velis inter tempus legale & conventionale, nuspiam tamen hæc distinctio fundata esse videtur. Imo præscriptionem, quæ solo temporis lapsu nititur, non dominium, sed saltem exceptionem tribuere, manifesto liquet ex *l.* 7. §. 1. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Hinc etiam est, quod præscriptionem Struv. *Jpr. forens. l.* 3. *tit.* 21. §. 24. inter modos, qui obligationem tantummodo ope exceptionis tollunt, referat.

THES. VI.

Neque etiam hac in re praxin refragari existimamus. Eo enim referimus, inprimis in Saxonia, quod exceptiones solutionis & compensationis, modo in continenti demonstrari queant, etiam in ipso

 ter-

termino Executionis opponi possint. *Ord. Process. Sax. Tit. 39. §. Wann aber.* Sane ex nullo alio fundamento, quam quod solutio & compensatio obligationem ipso jure tollant. *l. 95. §. 4. ff. de solut. l. 4. ff. de compensat.* propter eaque sententia in rem judicatam transire non potuerit. Nam si transiisset, vix exceptiones amplius attenderentur, cum res judicata habeatur pro veritate *l. 25. ff. de stat. homin.* Ceterum quod reliquæ exceptiones, quæ pariter aliquem ipso jure tutum præstant, non æque in termino Executionis admittantur, hoc non tam validitati sententiæ, quam potius Edicto pœnali, cujus vigore omnes exceptiones peremptoriæ statim litis contestationi sunt annectendæ, applicandum est. Et quanquam reus illis in eo Processu excludatur, vix tamen prohibetur, eas postmodum per modum actionis in judicium deducere. Unde in praxi nihilosecius ea remanet differentia, quod omissa exceptione intentionis, eam denuo, ut actionem instituere possim, omissa vero exceptione actionis, eam denuo, ut actionem, intendere non valeam. Sic putamus coheredem, qui exceptionem divisionis non opposuit, & in solidum condemnatus est, non prohiberi id, quod ultra ratam suam solvit, condictione indebiti repetere, propterea, quod nomina tam activa, quam passiva, sint inter heredes ipso jure divisa. *l. 6. C. famil. ercisc.* sicque heres exceptione divisionis ipso jure gaudeat. Sed prohiberi correum debendi repetere illud, quod ultra ratam suam solvit, cum huic exceptio divisionis, non ipso jure sed saltem ex æquitate indulta sit. *l. 26. ff. de fidejuss. & mand.* De quo & in inferioribus major loquendi ansa erit.

THES. VII.

Nos nunc ad aliam convertimus differentiam, & quæ quasi ex præcedenti resultare videtur. Nimirum, quod Judex exceptionem intentionis, licet à reo opposita non sit, modo tamen ex Actis constet, ex officio supplere teneatur. Nam cum sciat, se tum incassum esse pronunciaturum, necesse utique habet, ne sententiam in contemtum autoritatis suæ dicat, ut actorem vel ex officio repellat. Nicol. Boer. *dec. 344. num. 8* Carpz. *P. 1. C. 75. def. 1. num. 7. & def. 2. num. 1.* Ex adverso, quod attinet exceptionem juris, tantum abest, ut Judex eam ex officio supplere teneatur, ut ne quidem etiam possit. Jura enim

enim actoris & rei æqualia esse oportet, reusque excipiendo fit actor. *l. 2. ff. de Re jud.* Sicuti autem nullæ sunt Judicis partes, quando actor non agit; ita nec ullæ esse possunt, quando reus non excipit, adeo, ut reus non magis absolvi queat, exceptionem suam non allegando, quam actor intentionem suam consequi, actionem suam non instituendo. Accedit, quod quæ non data sunt ipso jure, nisi petuntur, in eis exulet officium Judicis. *l. 10. ff. de usur. l. 25. §. 8. ff. de ædilit. edict.* At exceptiones juris non ipso jure competere, sed prius in judicium deducendas esse, nemo facile inficias ibit. Imo reus eas prætereundo quasi remisisse videtur. *arg. l. 11. ff. ad Sct. Macedon* Perez. *ad C. Tit. de Scto Vellej. n. 21. ibi: & sane si mulier tacite.* Sed quæ semel à Partibus remissa, ea vix à Judice redintegrari possunt. Atque hæc, quæ dicta sunt, quoad exceptionem intentionis adhuc hodie usu servari, vel ideo dubitare non licet, quoniam ea tradit Practicorum Coriphæus, Carpz *d. l.* Verum quoad exceptionem Juris, res non tam expedita esse videtur. Sed & quoad hanc idem dicendum esse, confirmamur per ea, quæ Hahn. *ad Wesenb. Tit. ad SCtum Vellej. num. 9.* testatur. Ubi inquit, quotidiana praxi receptissimum esse, quod Exceptio SCti Vellejani, nisi opponatur, non attendi soleat, sed tum perinde ac pro remissa habeatur. Ex quo nunc idem ad cæteras Juris exceptiones eo confidentius extendere licebit, quo certius est, hoc auxilium mulieribus eousque esse indultum, ut etiam solutum repetere possint. *l 8. §. 3. l. 24 ff. ad SCtum Vellej.* Neque obstat, quod tota die fere pupillos minoresve vel ex officio in integrum restitui videamus. Quippe quod ad exceptionem à regula referendum esse videtur. Interest enim reipublicæ, ut minores res suas salvas habeant. Jam vero in quibus causis utilitas reipublicæ versatur, in iis Judicem, etiam non imploratum, suum officium impertire teneri, docet Mevius *P. 4. dec. 61.* In Saxonia attamen scrupulum injicere videtur, quod ibi, ut ex *Const. 25. P. 1.* patet, Judex jubeatur, exceptionem præscriptionis, utut à reo non adducatur, ex officio supplere. Verum enim vero tacemus, non omnem præscriptionis speciem modum esse actionem ipso jure tollendi, veluti supra demonstratum dedimus; Ponimus tamen, textum universaliter, & de quavis præscriptionis specie loqui, illud jus hactenus exorbitans est, atque adeo ad alias exceptiones Juris non producendum. *arg. l. 14. ff. de* LL.

THES. VIII.

Quoniam Thesi antecedenti posuimus, Judicem utcunque exceptionem præscriptionis supplere posse, incidit quæstio: Quid vero tum, quando reus debitum agnoscit, h. e. se debere fateatur? Nunquid & illo casu exceptionem præscriptionis ex officio attendere queat? Et prima quidem facie hoc negandum esse videtur, cum, quoniam hoc jus, quantum sc. ad præscriptiones temporis pertinet, à Juris Communis norma deflectit, sicque stricte capiendum; tum, quod qui debitum fatetur quasi de debito noviter pactus, sicque præscriptionem remisisse videatur. Verum affirmativa utique verior est. Nam primo Legislator Saxonicus præscriptionem quoad illum effectum, ut Judex eam ex officio suppleat, plane prorsusque exceptionibus facti exæquare voluit, ut vel ex ejus tam sollicita sanctione facile intelligitur, ut propterea allegatæ regulæ hic locus esse nequeat. Deinde renunciationes sunt stricti juris, neque ad eas conjecturis vel præsumtionibus devenire licet. Aliud præterea est pactum, aliud agnitio sive confessio. Illud vix fieri potest salvis exceptionibus; hanc tamen quotidie, sed sine jactura exceptionum, expediri, in foro fere nihil est frequentius. Accedit tandem ratio, quod jura semper sint proniora ad liberandum, quam ad obligandum. *l. 47. ff. de O. & A.* Atque hanc quoque sententiam semel iterumque à Senatu Appellationum Dresdensi confirmatam esse, testis est Berg. *Resol. ad Laut. lib. 44. tit. 3. quæst. 2. in f.*

THES. IX.

Refert extremo & illud, quod stante statuto, exceptiones contra actiones exclusas esse debere, hoc non attingat exceptiones facti, sed solummodo pertineat ad exceptiones Juris, nisi forte ex verbis legis, aut mente Legislatoris aliud constet, vel præsumi possit, Covarr. *in cap. possessor malæ fidei de R. J. in 6. P. 1. Relect. pr. n. 4.* Id quod & causæ esse putamus, quod, licet hodie fere nullæ exceptiones contra literas collybisticas admittantur, compensatio tamen & solutio non denegentur, quanquam & hoc *novissimo Mandato de Anno* 1699. eousque sit restrictum, ut exceptio solutionis & compensationis, quæ principali creditori obstet, non etiam ejus cessionario nocere debeat.

SE-

SECTIO II.

Distinctionis usum in Actionibus realibus ostendens.

THES. I.

Nemo facile inficiabitur, prouti & supra Thes. 5. innuimus, præscriptionem non promiscue rei vindicationem ipso jure extinguere; sed quandoque nudam saltem exceptionem parere, quod manifesto arguit, *l.* 7. §. 1. *C. de præscript.* 30 *vel* 40. *annor.* Resque ita est: Possidet quis rem alienam per longissimum tempus, vel bona, vel mala fide. Priori modo consequitur ipsum dominium. Posteriori vero nudam saltem nanciscitur exceptionem, quippe qua contendit, rem se ob negligentiam domini restituere non teneri: modo tamen, quod notandum, malæ fidei possessor non simul etiam violentus invasor fuerit, utpote quo casu neque ipsi exceptio accommodata est. *d. l.* §. 2. Jam ergo inter hæc duo hoc discrimen intercedit, quod possessor qui dominium nactus, si iterum labatur possessione, rem à quocunque possessore vindicare possit; possessor autem, qui saltem exceptionem consecutus, rem tum repetere nequeat, cum nulla gaudeat actione. Imo deinde & illa singularis differentia exsurgit, quod, data duntaxat exceptione, dominus antiquus, licet semel repulsus nihilosecius tamen, si res ad tertium transferatur, qui ea exceptione pariter tutus non est, denuo rem vindicare possit. At, extincto etiam dominio, rem repetere etiam in perpetuum excludatur. Atque hæc non tantum in rei vindicationibus, sed & aliis actionibus realibus, ut confessoria, obtinere autumamus, ita, ut pro diversitate possessionis, vel bonæ, vel malæ fidei, modo quis ipsum jus servitutis, modo vero nudam exceptionem præscriptionis acquirat, consequenter, si iterum quasi possessione cadat, modo possit, modo non possit jus servitutis vindicare. Verum in eo residet dubium, an dicta adhuc moribus nostris obtineant? postquam constat, Jus Canonicum, quod hac in parte sequimur, test. Schultz, *Synops. Inst. tit. de usucap.*

usucap. B. Gail. *l. 2. O.* 18. Mev. *Dec.* 102. *P. 2.* ad omnem præscriptionem desiderare bonam fidem. *C. f. X. de præscript.* Quæ & ratio est, quod ea adhuc hodie observari neget Brunnemann. *ad d. l.* Sed ego quidem, licet quoad alias provincias nihil certi affirmare ausim, quin tamen ea adhuc in Saxonia observentur, ea me dubitare non sinunt, quæ attestatur Berg. *Resol. tit. de divers. temp. præscript. animadv. verb. Requiritur tamen Jur. Can.*

THES. II.

Usus distinctionis porro patet in exceptione inofficiosi testamenti & nullitatis. Nam sicuti hæ duæ inter se in eo differunt, quod qui illam opponit, non quidem actionem summo jure neget, sed solummodo testamentum, tanquam contra pietatis officium, & quasi à non sanæ mentis compote conditum, rescindendum esse contendat. Ex adverso, qui hanc objicit, inficietur, etiam summo jure competere actionem, ideo, quod testamentum ipso jure nullum sit; ita postmodum inter has duas exceptiones sequentia intersunt (1.) quod per exceptionem nullitatis legatum non amittatur. *l. 25. ff. de his, quæ ut indign.* Amittatur vero per hanc, *l. 8. §. 14. ff. de inoff. testament.* (2.) Illa simpliciter ad heredes transmittatur. Bergerus, *Resol. tit. de inoff. test. animadv.* 1. Hæc vero ad heredes aliter non transeat, quam eam defunctus adhuc in vivis præparaverit, i. e. de ea movenda quali quali modo contestatus sit, ita cape. *l. 6. §. f. & 7. pr. ff. de inoff. test. l. 5. C. eod.* (3.) Illa perpetuo duret; Hæc autem etiam quinquennio finiatur *l. 8. §. 10. & f. l. 34. in f. l. 36. §. 2. C. de inoff. test.* Sed scio, quid mihi hoc loco objicietur? Inquies: Hæc ita rationes exceptionis inofficiosi testamenti tantummodo obtinere, si querela inofficiosi testamenti, ut actio, non etiam, si ut exceptio proponitur, cum jura longe faciliora sint ad exceptionem, quam actionem impertiendam, *l. 1. §. 4. ff. de superfic.* Et quæ ad agendum sunt temporalia, ea ad excipiendum sint perpetua. *l. 5. C. de except.* Verum rem utique salvam esse existimo. Etenim privatio legati quasi in pœnam factæ insimulationis, testatorem dementis animi fuisse, statuta est. Atqui vero qui & excipiendo ait, testamentum esse inofficiosum, necesse habet, testatoris judicio malam notam scribere: cum omnis,

omnis, qui testamentum inofficiosum dicit, voluntatem testatoris quodammodo arguat, docente ipso Cæsare, *pr. Inst. de inoff. testam.* taceo, reum excipiendo fieri actorem. Ceteroquin quæ ad agendum sunt temporalia, tum demum ad excipiendum sunt perpetua, quando non pariter exceptio per modum actionis in judicium deduci potest. Lauterb. *Coll. pract. tit. ex quib. caus. maj.* §. 28. Jam vero qui exceptione inofficiosi testamenti gaudet, non tantum ipsam querelam instituere, sed & ex *L. si contendat.* agere potest, ita, ut ei omnino imputari possit, quod de jure suo in judicio non tempestive contestatus sit. Patet ergo ex his simul cautela, ut qui animadvertit, testamentum querelæ inofficiosi testamenti obnoxium esse, hæredem ab intestato hæreditatem occupare, eamque per quinquennium possidere sinat, postea vero agat ex testamento, & si reus opponat exceptionem querelæ inofficiosi testamenti, eam replica præscriptionis elidat.

SECTIO III.

Usum distinctionis sistens in Actionibus personalibus.

THES. I.

PRogredimur nunc ad Actiones personales in iis quoque distinctionis usum ostensuri. Ubi primæ differentiæ loco adducimus, quod, obligatione ipso jure extincta, solutum semper repeti possit. E contrario obligatione summo jure salva manente, solutum non indistincte repeti possit, verum tum demum, quando naturalis obligatio in totum reprobatur. Quando saltem quoad efficaciam suam enervatur, repetitioni locus non est. Cujus utriusque luculenta habemus argumenta in Scto Vellejano & Macedoniano. Etenim neminem latet, Sctum Vellejanum intercessiones mulierum non ipso jure irritas reddere, Lauterb. *Colleg. pract. tit. ad SCtum Vellej.* §. 14. Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *d.* 25. *th.* 2. *C. verb. at quomodo.* Sed quoniam eas in totum, quoad naturalem obligationem, reprobat. *l.* 16. *ff. ad SCtum Vellejan.*

ideo fœmina, quod ex errore ſive juris ſive facti ſolvit, repetere non prohibetur. *l. 40. pr. ff. de condict. indeb. l. 9. C. de Scto Vellej.* Quæ autem ratio cum in Scto Macedoniano ceſſet, ibique obligatio maneat, ita ajente L. 10. *ff. ad Sctum Maced.* ſaltem, quod enervetur. *l. 1. §. 1. l. 7. §. 6. l. 9. §. 2. ff. eod.* filiofamilias, quod contra Sctum ex errore ſolvit, repetendi licentia non competit. *l. 9. §. 4. & 5. ff. ad Sctum Maced. l. 40. pr. de condict. indeb.*

THES. II.

Secunda differentia in eo conſiſtit, quod obligatio, quando ipſo jure tollitur, ſolvatur ſtatim, atque ſine facto hominis. Elidenda vero ope exceptionis prius exceptionis allegationem requirat, ab eoque demum tempore liberet. Ex quo nunc conſequitur (1) Præſcriptionem actionis, quæ exceptione elidi poteſt, nihilominus currere, antequam illa exceptio opponatur: Præſcriptionem vero actionis, quæ ipſo jure tollitur, ſtatim ſiſti, neque amplius currere poſſe: cum non entis nullæ ſunt affectiones, nulla accidentia. Cujus diverſitatis inſignis utilitas elucebit ex ſequenti caſu: Fac tibi Titium ex emto per 38. annos 100. debere. Fac tibi poſtmodum Titium 100. mutuo dare eosque poſt triennium repetere velle. Quæritur, an poſſit? Ita videtur: Nam ſi tu opponas compenſationem, Titius regerere poteſt præſcriptionem actionis ex emto competentis. Verum per deducta recte negatur. Eſt enim compenſatio modus obligationem tollendi ipſo jure. Statim atque ergo mutuum interceſſit, obligatio ex emto eſt peremta, ſicque ei amplius præſcribi non potuit. At & aliam rationem omnino eſſe, quilibet intelligit, quod ſi tibi in præſenti caſu ſaltem exceptio retentionis competeret, ut, ſi vel ſpecies debita vel debitum illiquidum ſit. Hæc enim cum duntaxat exceptionibus Juris annumeretur, eaque propter vires ſuas non prius exerat, quam opponatur, dicendum utique, tum Titium replica ſuæ præſcriptionis non repellendum eſſe (2) extincta ipſo jure obligatione, ſtatim quoque ſiſti curſum uſurarum; ſecus vero, ſi ſaltem actio infirmanda veniat per modum exceptionis. Cujus utilitas tum patet, quando unius debiti ratione, vel nullæ, vel minores uſuræ debentur. Conf. Struv. *Jpr. forens. lib. 3. tit. 21. th. 20.*

THES.

Digitized by

THES. III.

Sequitur tertia differentia, quæ obtinet in obligationis divisione. Scire autem interest, obligationem quandoque ipso jure; quandoque vero saltem ex æquitate dividi. Sic Lex XII. Tabb. inter heredes nomina tam activa, quam passiva, ipso jure divisit. Contra inter correos debendi obligatio non ipso jure divisa est, sed his saltem ex æquitate beneficium divisionis tributum, ita, ut quilibet summo jure in solidum obligatus maneat. Exinde nunc constat, priori modo exceptionem divisionis esse exceptionem facti, posteriori autem esse exceptionem juris. Inter quæ vero sequentia intersunt (1) quod, obligatione ipso jure divisa, ut secundum prædictum modum inter heredes fit, alteri heredi reo actorive jusjurandum deferre; alteri vero actionem exceptionemve ordinarie probare liceat. Secus, si obligatio saltem ex æquitate divisa sit, ut in correo debendi; (2) quod interruptio præscriptionis, ratione unius heredis, coheredi neque noceat, neque prosit. Berg. *Resol. Tit. fam. ercis. quæst.* 1. *animad.* Proficiat tamen, atque obsit correo debendi. *Novell.* 99. (3) Heres beneficio divisionis gaudeat, licet coheres vel non solvendo, vel difficilis sit ad excutiendum. *l.* 26. *ff. de fidej. & mand.* Non gaudeat tamen hisce casibus correus debendi *d. Novell.* junct. *d. l.* 26.

THES. IV.

Casum coronidis loco subjicere placet, ad illustrandam hanc tertiam differentiam, qui in superiori aliquo judicio harum terrarum acriter fuit in discussionem vocatus. Mevius debet Titio ex emto vendito 200. thaleros ad certos dies, quorum primus venit anno 60; alter anno 61. Moritur Titius ante adventum utriusque diei & relinquit duos heredes, quorum uni anno 60. Mevius 100. solvit. Sed alter ratam suam residuos centum anno 92. petit. Mevius dicit, se non plus debere, quam 50. nempe ratam de anno 61. non etiam ratam de anno 60. propter præscriptionem. Neque obstare quod solverit an. 60. uni heredi 100, cum ipsi alteram ratam de an. 61. prænumerasset. Contra vero Actor ait, debitorem suo facto ita distribuisse solutionem, ut uni heredi totos 100. solverit an. 60. alteri vero reliquos de an. 61. solvere destinaverit. Quæstionis est, uter sit audiendus? Verum di-

Digitized by Google

cta monent, Mevii partibus esse accedendum. Præsumitur enim debitor, postquam nomina ipso jure inter heredes divisa, huic Juris dispositioni se conformasse, nec heredi de an. 60. plus solvisse, quam ipsi debebatur de illo anno, atque adeo alteram ratam eidem prænumerasse, inprimis, cum alias debitor in præjudicium coheredis dividere solutionem nequeat. Sicuti ergo coheres partitionem solutionis admittere non tenetur; ita nec dicere potest, eam à debitore esse factam. Ut taceamus favorem liberationis, qui hic accedit, ut debitor nexu suo eximatur. Sed hæc utique secus dicenda esse, quod si casus non inter heredes, sed correos stipulandi supponatur, manifesta diversitatis ratio præcipit. Ex his ergo, quæ disseruimus, sine magna mole, Benevole Lector, colliges, distinctionem hodienum in rerum momentis obtinere, eosque nimium quantum falli, qui eam in foro non attendi sibi persuadent. Illud modo Te rogo, ut disputationem inter strepitus judiciarios conscriptam, sicque ea lima, qua par fuisset, non expolitam, æqui bonique consulere velis.

Dissertatio Inauguralis de Excipiente non confesso, occasione L. Siquidem 9. C. de Except. seu Præscript. quam Præside JOH. SAMUELE STRYKIO, J. C. Serenissimæ viduæ Saxo-Isenacens. Consiliario Aulico, Professore Publ. Collegii sui h. t. Decano, atque Academiæ Pro-Rectore in Alma Fridericiana, die 21. April. A. R. S. MDCCIV. Eruditorum disquisitioni subjecit AUGUSTUS JUSTUS, Zittaviensis Lusatus.

PROOEMIUM.

CUm studiorum meorum ratio exposcere videretur ut specimine quodam inaugurali ad ulteriora mihi viam sternerem ac præpararem; de themate quodam sollicito, diuque circa hanc rem fluctuanti mihi occurrebat tandem *Lex. 9. C. de except.* textus valde notabilis, & ob insignem, quam per totam exceptionum materiam diffundit, utilitatem, satis præclarus, quem scopo meo ad forum

Digitized by Google

rum directo non inconvenientem existimans, quantum temporis brevitas viriumque imbecillitas indulgere voluit, elaboravi. Tituli, qui agit, *de excipiente non confesso*, ratio per se patet, nec operosa indiget explicatione; tractat enim quæstionem: *An & quatenus excipiens de actoris intentione confiteri videatur vel non?* cujus discussionem aliquando prolixiorem sistet ipsa tractatio, quam Benevoli Lectoris æquiori ac benigniori censuræ submitto, ejusque favori me meumque hoc opusculum qua par est modestia, decenter commendo.

L. Siquidem 9. Cod. de Exceptionibus seu Præscriptionibus.

Iidem AA. & CC. Mutiano.

Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. *S. 3. Non. Nov. Burtadizi, CC. Coss.*

De Excipiente non confesso.

Occasione L. Siquidem 9. C. de Except. seu Præscript.

MEMBRUM I.

De verbis, sensu & ratione Legis.

SUMMARIA.

1. *Titulus Legis.*
2. *Inscriptio specialis Legis nostræ.*
3. *Historia Diocletiani & Maximiani.*

4. *Quis Mutianus fuerit?*
5. *Subscriptio Legis.*
7. *Unde difficultas Legis nascatur? it. Quotuplex Judicium apud Romanos fuerit?*
8. *Quid vocabulum Actoris hic significet? Quid intentio?*
9. *Quid probatio?*
10. *Quot modis quis dicatur deficere in probando?*
11. *Deficiente probatione reus absolvitur.*
12. *Quid sit confiteri intentionem actoris?*
13. *Quot modis reus confiteatur actoris intentionem?*
14. *Exceptio quid denotet?*
15. *Divisiones exceptionum remissive.*
16. *Quomodo differant exceptiones facti & juris?*
17. *Quid sit exceptione munitum esse?*
18. *Exceptio opposita à reo probanda. Intra quem terminum?*
19. *Verba textus ultima.*
20. *Quid ibi sit de intentione dubitare?*
21. *Quid contestatio exceptionis?*
22. *Quomodo contestandæ exceptiones peremtoriæ ante litis contestationem?*
23. *Quomodo post litis contestationem?*
24. *Quando exceptiones contestatæ probandæ?*
25. *Sensus litteralis Legis nostræ.*
26. *Ratio Legis. it. De quo casu in hac Disp. agatur?*

THES. I.

DE externis Legis nostræ verba facturus, ante omnia in librum atque titulum, sub quo ea continetur, paucis inquiram: Liber est octavus, titulus vero trigesimus sextus & inscribitur *de Exceptionibus seu Præscriptionibus:* Circa quam tituli inscriptionem, cum multa passim à DDbus dicta sint, vid. Pet. Mülleri *Addit. in Struv. S. J. C. tit. de except. §. 3. lit. a.* Zanger. *de except. part. 1. cap. 3. n. 35. seqq.* partim ad eos me refero, partim ea quæ pro instituti nostri ratione hac de re monenda sunt, loco convenientiori reservo.

THES.

THES. II.

Specialem Legis nostræ inscriptionem quod attinet, illa hæc est: Iidem AA. & CC. (h. e. Iidem Augusti & Cæsares) Mutiano. Quæ ipsa ostendit & Authores hujus Constitutionis, & personam, ad cujus interrogationem Constitutio hæc scripta fuit, ut publicaretur omnibusque in vim legis innotesceret. Quid vero in specie denotet vox Augusti & Cæsaris, & quæ sit inter utrumque nomen differentia, pluribus prosecutus sum *in Disp. mea de Potentiore Cessionario cap. 1. §. 35. seqq.*

THES. III.

Rescribentium nomina nec in hac nec in præcedentibus quatuor legibus expressa reperiuntur, hinc petenda *ex l. 4. h. t.* Sunt autem Imperatores Diocletianus & Maximianus. Ille obscurissime natus patre scriba & matre Dioclea, unde Diocles, quod idem est ac Jovis gloria à parentibus vocatus, Eutrop. *lib. 9.* Cum Aprum, antecessoris Numeriani occisorem, detecto scelere ipse sua manu occidisset, à militibus proclamatur Imperator Anno C. 284. & C. Aurelius Valerius Diocletianus cognomine Jovius dici voluit. Surgebant autem sub initium regiminis sui plures undique tyranni in Gallia, Ægypto, Italia, aliisque provinciis, quibus supprimendis, cum se solum imparem esse crederet, in consortium Imperii vocavit Anno 286. Maximianum, amicorum intimum, cognomine Herculeum; quorum memoranda in omnem æternitatem concordia ex eo potissimum elucescit, quod cum in nulla re sibi essent contrarii, regno se ultro abdicare, ac in privatam vitam concedere simul constituerint Anno 304. Encomia, quæ hi Impp. rerum à se gestarum magnitudine sibi compararunt, valde obfuscat tum intolerabilis præsertim Diocletiani superbia, quippe qui divinos honores affectavit & adorari voluit, tum crudelissima Christianorum persecutio, ultima quidem, sed omnium fere gravissima, quæ tamen ipsum Deum habuit ultorem; Diocletianus enim postquam per decennium vitam privatam egisset, veneno sibimetipsi mortem conscivit ætatis suæ Anno 78. Maximianus vero cum ipsum pœnituisset quod Collegæ in abdicatione Imperii assenserat, adeoque genero successori insidias strueret, laqueo periit Anno ætatis 60. vid. Ziegler Schauplatz der Zeit *p. 445. seqq.* Hartnacc. *Hist. univers. p. m. 375. seqq.* & ab his all. Autt.

THES.

THES. IV.

Tantum de Autoribus Legis dixiſſe ſufficiat. Eſt vero Mutianus qui prædictos Imperatores ſuper caſibus hujus Legis dubiis conſultaverat. Quis autem hic fuerit, uti ſcire parum refert, ita vix definiri poterit. Videtur quidem in Jure noſtro ejus nomen occurrere, ubi de cautione Mutiana ſermo eſt, ſed hanc non à Mutiano ſed à Mutio Scævola inventam eſſe, teſtatur Gothofred *in not. ad l. 7. ff. de condit. & demonſtrat.* Fuiſſe autem Præſidem alicujus provinciæ vel Præfectum urbis improbabile non eſt.

THES. V.

Subſcriptionem quod ſpectat, ea talis eſt: *S. 3. Non. Nov. Burtadizi CC. Coſſ.* h e. ſcriptum tertia die Novembr. Burtadizi Cæſaribus Conſulibus. Fuit autem Burtadizum urbs Thraciæ quindecim milliaribus præter propter ab Adrianopoli verſus Conſtantinopolin diſtans. Cur autem Cæſares etiam Conſulatum ſuſceperint, itidem expoſuid. *Diſp. mea de Potentiore Ceſſionario, c. 2. §. 6.*

THES. VI.

Plura de inſcriptione ac ſubſcriptione L. diſſerere uti ſuperfluum eſſet, ita pauca hæc ideo monere volui, partim ut de valore ac autoritate hujus Conſtitutionis imperatoriæ tanto clarius conſtet, partim ut ea, quæ in hac Lege quadam obſcuritate vel difficultate laborare videntur, ex horum vel aliorum Imperatorum Legibus aliis explicari tanto facilius poſſint.

THES. VII.

Priusquam vero in tractandis Legis noſtræ externis à rubro ad nigrum progrediar ſingula ejus verba quoad ſenſum litteralem explicando, in genere præmittendum eſt, eam in tota exceptionum materia ab interpretibus utiliſſimam quidem, ſed omnium quoque fere difficillimam vocari. Difficultatem & obſcuritatem conſiſtere dicunt in eo, quod ejus explanatio pendeat ab uſu veteri fori Romani, hæc tamen adeo magna non eſt quo minus removeri facile poſſit, modo

Digitized by

modo cum veteribus interpretibus, quorum ignorantiam hac in parte accusat Giphan. *ad hanc l. 9. pag.* 411. rem ipsam non confundamus. Vocantur enim Judicia vel pura vel cum exceptione seu conditione. Sic Cicero *l. 2. de invent.* ait: *Is qui agit, judicium purum postulat: ille quo cum agitur, exceptionem ait addi oportere, huic nos tertium genus judiciorum addimus mixtum scil.* Judicium ergo purum est, in quo sola versatur actio sine ulla exceptione, nempe cum reus actoris intentionem negat; alterum judiciorum genus est, cum objecta actioni exceptio à confitente reo; mixtum vero, quando reus de actoris intentione dubitans exceptionem allegat; & in hoc judicio uterque probare tenetur, actor nimirum actionem, reus exceptionem *l. 8. l. 19. ff. de probat.* Conf. Giphan. *d. l. pag.* 411. Ex hac igitur judiciorum divisione fluit decisio quæstionis, quando scilicet quibusve in casibus exceptiones sint utiles & necessariæ, quibus non? quam Lex nostra cui similem in jure de hoc argumento reperiri non credit idem Giphan. *all. loc. p.* 409. ad ductum hujus divisionis judiciorum tribus casibus, quos circa finem Membr. I. recensebimus, elegantissime exponit. His itaque præsuppositis dispiciendum nunc quæ phrasiologiæ notabiliores in qualibet Legis nostræ periodo occurrant.

THES. VIII.

In principio hæc verba leguntur: *Siquidem intentionem Actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est.* Actoris vocabulum in Jure variis modis accipitur, de qua re vid. *Lexic. Jurid.* Calvini *voc. Actor.* hic loci actor is est, qui agit & aliquem in Jus vocat, aliquid ab eo petens in judicio *l. 13. l. 29. l. 62. ff. de Judic.* unde in fine *L. n.* petitor appellatur. Actoris autem vocabulum proprie convenit actionibus civilibus, & vocatur germ. Kläger, nam in criminalibus is qui agit dicitur accusator, Ankläger, peinlicher Ankläger, *l. 10. l. 13. ff. de publ. judic. Intentio* interdum pro voluntate & mente accipitur *l. 10. pr. ff. de aliment. leg. l. 14. §. 7. ff. de relig. & sumt. fun.* v. gr. quando dico: hæc est mea mens, mea intentio. In sensu Legis enim intentio actoris idem denotat quod Actio *l. 2. pr. l. 12 ff. de except.* quæ in *princ. J. de Act.* definitur, quod sit Jus seu facultas persequendi in judicio, quod sibi debetur. Hinc intendere idem est ac actionem intendere,

dere, actionem instruere, actionem instituere; uno verbo agere *l.* 139. *ff. de V. O.* & intentio actoris est id, quod actor in judicio intendit.

THES. IX.

Sequuntur verba: *Probatione deficere. Probatio* derivatur à probando, cujus vocis varias significationes exhibet P. Muller: *Addit. ad Struv. Synt. Jur. Civ. tit. de probat.* §. 2. *lit. a.* Hic loci definitur, quod sit actus judicialis, quo partes litigantes Judici de facto aliquo, de quo in judicio controversia est, per idonea argumenta fidem faciunt *l.* 12. *ff. de probat.* Is igitur qui fundamentum intentionis suæ sive factum controversum debito modo non probat, dicitur in probatione deficere, quod idem est ac non probare, probatione destitui, in probatione succumbere, & sic porro.

THES. X.

Deficit autem actoris intentio probatione 1. propter actionis falsitatem & injustitiam, nimirum quando ipsi nullum plane Jus agendi competit, & ille tantum animo vexandi vel calumniandi litem adversario movit *l.* 233. *ff. de V. S.* 2. Ob defectum mediorum probandi, cum sæpe Jus actoris certum ac fundatum quidem sit, probatione tamen destituatur *l.* 30. *ff. de testam. tutel.* 3. Ob lapsum fatalium, quando quis terminum ad probationem præfixum, qui Jur. Civ. arbitrarius *l.* 1. *C. de dilat.* Jure Saxonico *certus* & à Lege determinatus & peremtorius est sex scil. septimanarum & trium dierum per *Ord. Proc. Judic. tit.* 20. *pr. vid. infra th.* 18. præterlabi passus est, & ita probatione sua præcluditur. Vel denique 4. ideo, quia articuli, quibus probatio inclusa, sunt impertinentes ac irrelevantes cum ea, quæ probata non relevant, ad probandum non admittantur *l.* 21. *C. de probat.* Carpz. *in Proc. tit.* 13. *art.* 4. *n.* 15. 16. 17. 18.

THES. XI.

Quod si ergo actoris intentionem probatione deficere *confidis*, h. e. si certus es, actorem minime probaturum, *nulla tibi defensio necessaria est*, sive in tali casu sola negatio vel negativa litiscontestatio sufficit, nec exceptionis allegatione ejusque probatione opus. Perez. *Præfat. in Cod.*

Cod. tit. de except. n. 20. non enim ei qui negat, sed qui dicit vel affirmat, incumbit probatio, sunt verba *l. 2. ff. de probat.* hoc autem nihil probante simpliciter absque ulteriori defensione vel exceptionum deductione reus absolvitur *l. 4. C. de edend. O. P. S. tit. 21. §. fin.*

THES. XII.

Verba sequentia Legis nostræ hæc sunt: *Si vero de hac* (scil. intentione actoris) *confitendo exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit.* Quæ verba casum litis contestationis affirmativæ, cui annexa est peremtoria exceptio, proponunt: Nihil enim aliud intelligitur per vocem *confiteri* hic occurrentem, quam fateri contenta libelli, affirmare intentionem actoris; uno verbo: litem affirmative contestari. Quanquam enim alii pro *confitendo* hic legant *confidendo*, teste Gothofr. *in not. ad h. l. lit. x.* nostra tamen lectio & sensum Legis melius exprimit, & receptior est.

THES. XIII.

Monendum vero hic, quod duplici modo reus dicatur confiteri de actoris intentione, vel ita, ut statim condemnari & executio contra ipsum decerni possit. *l. 25. §. 2. in fin. ff. ad L. Aquil. l. 56. ff. de R. J.* ubi confessi pro judicatis haberi dicuntur; & hoc fit, quando sine ulla exceptionum peremtoriarum oppositione litem affirmative contestatur. Vel dicitur confiteri ad eum effectum, ut sublevato actore probandi onere ipse reus exceptionis suæ fundamentum, quod in facto consistit, probare teneatur, cum reus excipiendo quoad subeundum onus probandi fieri dicatur actor in *l. 19. ff. de probat. l. 1. ff. de except.*: Nam sic affirmat quidem thesin ab actore propositam seu fundamentum intentionis, simulque fatetur, summo jure contra se fundatam quidem actionem esse, negat tamen intentionem ipsam seu petitionem actoris & conclusionem libelli, cujus quippe contrarium mediante exceptione proposita se probaturum esse confidit.

THES. XIV.

Sequitur in textu vox: *Exceptio*, quæ in verbis Legis nostræ præcedentibus dicitur defensio, item præscriptio in *l. 11. l. 23. ff. &*

l. 8. l. ult. C. de except. l. 2. C. de prec. Imp. offerend. l. 16. C. de inoffic. testam. & in multis aliis locis, unde hanc ob causam inscriptio hujus tituli in Codice concipitur, *de exceptionibus seu præscriptionibus*, interposita particula *seu*, quæ easdem res proponi declarat. Donell. *lib. 22. Comm. de Jur. civ. cap. 1. p.* 560. Struv. *S. J. C. tit. de except. th. 3. ibique* P. Müller. *in addit.* Porro vocatur exclusio in *l. 2. pr. ff. de except.* & Conditio in *l. 22. ff. Cod.* jung. Schilter. *ad π. in append. de except. post exerc.* 47. §. 2. Exceptionis autem vocabulo in lata & impropria significatione comprehenditur omnis omnino tam actoris quam rei defensio, qua ratione replica, duplica, triplica &c. sic vocatur *l. 2. §. 1. ff. h.* vid. Fab. *ad Rubr. Institut. & Cod. eod.* Calv. *Lex. Jurid. voc. Exceptio.* Proprie vero exceptionem dicimus allegationem quamcunque reo competentem. Jac. Cujac. *in paratit. lib. 44. t.* 1. aut defensionem, qua certis & justis ex causis auxilium reo tribuitur adversus intentionem actoris. Matth. Wesenbec. *ad tit. C. de except. num.* 4. Et hæc definitio generalis est, ita ut omnes exceptiones reo competentes contineat, Zang. *tract. de except. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 24.

THES. XV.

Ceterum varias exceptionum divisiones v. g. à causa efficiente, materia, forma, fine & effectu, à Doctoribus inventas, exhibet Zanger. *all. loc. n.* 34. quarum tamen ultima, quando nimirum à fine dicuntur vel dilatoriæ vel peremtoriæ, omnium est præstantissima. Carpz. *in Proc. tit. 9. art. 1. n.* 4. Dilatoriæ seu temporales exceptiones, behelfflich verzügliche Schutzreden, quæ litem tantum ad tempus differunt. *l. 2. §. 4. ff. h. t.* quarum explicationem eruditissime suscepit Rivinus, supremi Appellationum Consilii Assessor, *in suo Specimine Exceptionum forensium*, hujus loci non sunt; occupata enim Lex nostra tantum est circa exceptiones peremtorias, quæ litem vel in totum vel pro parte dirimunt & merita causæ concernunt, quasque Ulpianus in *l. 1. pr. ff. h. t.* & Paulus *in l. 22. ff. eod.* verbis quidem paulo mutatis, sed prope eadem sententia, definiunt, quarum descriptionum explicationem videas in Zang. *tr. de except. d. l. num. 6. seqq. usque ad num.* 17. Nos ex mente istarum Legum exceptionem peremtoriam definimus, quod sit allegatio juris reo competentis ad excludendam actoris intentionem.

Digitized by Google

tionem. His nonnulli addunt hæc verba: summo jure fundatam; nos autem ista omittimus, cum nimis coarctent definitionem & exceptiones facti penitus excludant.

THES. XVI.

Nota enim est inter alias exceptionum peremtoriarum divisiones ea, quæ dicuntur vel juris, vel facti, sive intentionis. Hæ sunt, quæ actoris nullo jure agentis intentionem excludunt, sive quæ opponuntur ei qui experitur, actione ipso jure jam sublata, ut exceptio solutionis, compensationis, acceptilationis, similesque à Zangero *tr. de except. in proœm. part.* 3. *n.* 13. recensitæ. Illæ vicissim vocantur, quæ actoris intentionem summo jure fundatam excludunt, quarum exempla videantur *in* §. 1. *Inst. h. t.* Jam quidem exceptiones facti pro veris agnoscere nolunt Hahn. *ad Wesenbec. h. t. num.* 2. Franzk. *lib.* 2. *resolut.* 18. *n.* 3. quibus adstipulari videtur Schilt. *ad ff. de except. th.* 12. his rationibus moti, partim, quod omnis exceptio præsupponat actionem *pr. Inst. h. t. l.* 2. *pr. ff. eod.* partim, quod aliud omnino sit, ipso jure aliquem liberari, ut fit, si actio sublata, aliud ope exceptionis *l.* 34. §. 1. *ff. de O. & A. l.* 72. *ff. de solut.* unde nostram definitionem circa finem præcedentis §. positam nimis latam esse contendunt; hanc tamen distinctionem, utut aliquantum impropria sit, penitus rejiciendam non puto, tum quia praxi judiciorum quotidiana corroboratur, secundum quam omnes rei defensiones & allegationes, sive juris sive facti sint, exceptionum vocabulo designantur, tum quia Judici constare non potest de actione sublata, nisi de ea fuerit exceptum; omnis enim exceptio regulariter alleganda Zang. *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 6. & sic regula *ex arg. pr. l. & l.* 2. *ff. de except.* deducta explicanda erit, quod omnis exceptio præsupponat actionem, vel Juris subtilitate adhuc competentem, vel talem quæ adfuit quidem revera, ipso tamen Jure jam extincta est. vid. Sutholt. *in diss. ad Inst. h. t. th.* 27. Hinc exceptio facti, si non excludit actionem, quippe quæ jam sublata est, excludit tamen agentem, ut notat Zang. *de exc. in proœm. part.* 3. *n.* 15.

THES. XVII.

Hæc de exceptionum definitione ac divisionibus dixisse sufficiant, plura de hac re, ut & de modo ac tempore opponendarum exceptio-

num, de earum probatione & effectu, legere qui cupit, conferat Zanger. *tr. de except. part.* 3. *cap.* 26. & aliis passim locis, una cum Autoribus ab eo citatis. Ea tamen quæ pro ratione instituti nostri hac de re monenda erunt, infra commodiori loco tractabuntur. Sequitur in textu phrasis: exceptione *munitum esse*, quæ locutio allegorica idem significat ac tutum satis instructum firmatum atque defensum esse, & se munitum *asseverare*, idem est ac credere, profiteri, firmiter persuaderi, se munitum esse.

THES. XVIII.

Sequentia verba hæc sunt: *de hac tantum agi convenit*, quibus nihil aliud dicitur, quam quod is qui litem affirmative contestatur, ad elidendam actoris intentionem, quam scit summo jure contra se fundatam esse, sine prævia probatione actoris, (quippe quæ hoc casu superflua) exceptionem suam statim opponere debeat atque probare, idque denotat particula *tantum* hic occurrens, quæ omnem actionis deductionem excludit. Phrasis ista: *agi de exceptione*, necessitatem exponit illam opponendi & probandi. Omnis enim exceptio regulariter opponenda, & quidem cum ipsa litis contestatione, qua de re plura in sequentibus ad vocem: *Contestatio.* Probanda vero est, eum in finem ne reus probatione neglecta ob confessionem actionis à se factam condemnari possit; confessio enim omnium probationum probatissima *t. tit. C. de confess. l.* 3. *C. quib. ad libert. proclam. non lic.* unde in confessum aliæ partes Judicis non sunt, nisi ut eum condemnet *l.* 1. *ff. de confess. l.* 56. *ff. de re judic.* probaturque hic eodem plane modo à reo exceptio, quo in casu litis contestationis negativæ ab actore actio *l.* 1. *ff. de except. Ord Proc. judic. tit.* 20. *princ.* verb. Ein jeglicher Part, welchem Beweisung auferlegt ꝛc. Terminum probatorium quod attinet, is jure quidem communi est arbitrarius & judicantis moderationi conceditur *l.* 1. *C. de dilat. c. induciæ* 4. §. *spatium c.* 3. *qu.* 3. *de probat.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 91. *n.* 12. Jure tamen Saxonico ad certum temporis spatium, nempe sex septimanarum & trium dierum restringitur, quæ computantur ab eo momento, quo sententia, per quam reo exceptionis probatio injuncta, in rem judicatam transiit *Ord. Proc. Sax. d. l.* Hoc tamen spatium non ita accipiendum, ac si intra

Digitized by Google

intra illud omnia, quæ ad plenam probationem pertinent, perfici adeoque testes recipi & examinari debeant, uti quondam putarunt Saxones propter textum in LandR. *l.* 1. *art.* 62. *verb.* Gezeugniß soll man in 6. Wochen vollkommen ꝛc. sed sufficit intra hunc terminum & vel in ultimo ejus momento. *arg. l.* 42. *ff. de V. O. & l.* 70. *ff. de solut.* articulos cum nominibus testium & copiis nec non specificatione documentorum offerri per *Const. El.* 16. *part.* 1. jung. Carpz. *in Proc. tit.* 15. *art.* 1. *n.* 97. *seqq.*

THES. XIX.

Superest ut adhuc tertiam Legis nostræ periodum explicemus, cujus verba hæc sunt: *Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.* Pleræque voces hic occurrentes in prioribus jamjam sunt explicatæ? Quamobrem de his quæ adhuc restant, erimus solliciti, ubi præprimis disquirendum quid sit 1. *dubitare* 2. *Contestatio*, & 3. quid particula: *demum*: hic significet?

THES. XX.

De intentione dubitare idem est, ac non esse certum sit ita vel non" Gloss. *ad h. L.* 9. *voc. dubitas*, cum dubitans & ignorans à se invicem non distent, sed regulariter comparentur *L.* 22. §. 2. *C. de furt.* Tabor *in Analect. ad Barbos. lib.* 4. *cap.* 53. *axiom.* 2. Hinc si reus dubitat, an actor intentionem suam probare possit an non, tunc poterit eam negare, ac simul in eventum opponere exceptiones v. g. cum forte contractus descendat ex persona patris & heres in justa & probabili ignorantia constitutus, præmissa litis contestatione negativa, exceptiones eventualiter opponat Gloss. *d. l.* Schilt. *ad ff. in Append. de except. post exerc.* 47. *th.* 7. Brunnem. *in Cod. ad h. l. num.* 5. & 6. Perez. *prælect. in Cod. tit. de except. n.* 20.

THES. XXI.

Contestatio exceptionis denotat ejus allegationem, oppositionem seu objectionem, quæ, ut §. 18. dictum, regulariter omitti nequit, etiamsi maxime notoria, Bart. *L.* 10. *ff. de except.* & *in L. si unus* §. 7. *ff.* de

ff. de pact. cum notorium non relevet ab onere proponendi. Joseph. Mascard. *concl.* 1108. *vol.* 2. *de probat.* Hinc in judicio non opposita à judice suppleri nequit. Struv. *S. J. C. tit. de except. th.* 12. Tab. *in Anal. ad Barbos. lib.* 5. *cap.* 23. *ax.* 12. cum hic secundum, (non præter vel contra) acta probata pronunciet: nisi ex ipsis actis, vel adversarii confessione, manifeste de ea constet. Zanger. *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 15. *sqq. usque* 19. id quod de exceptione præscriptionis, de qua DD. olim valde controvertebant, expresse constitutum legimus in *Const. Elect.* 25. *part.* 1. vel si ratione intentionis facti actori nulla competat actio. Extra hos igitur casus, judex vix exceptionem supplere potest, sed reus hac omissa plane præcluditur suis defensionibus id quod verba L. n. *habita exceptionis contestatione* satis inferunt; duo enim ablativi absoluti quales hic adsunt, in conditionem resolvuntur. *arg. l.* 109. *ff. de cond. & demonstr.* imo necessitatem quandam inducunt, h. e. requirunt, ut id quod disponunt, velut alia quælibet conditio, præcise & in forma specifica, non per æquipollens, impleatur. Card. Tuschus *tom.* 1. *concl.* 32. Barbos. *th. locor. comm. lib.* 1. *cap.* 1. *axiom.* 1. Et quamvis hic exceptionis in singulari numero tantum fiat mentio, nihil tamen impedit reum, quo minus plures simul opponere queat, cum multis defensionibus uti permissum sit *L.* 5. *ff. de except.* Imo licet per regulam satis vulgatam contraria allegans non sit audiendus *L. f. ff. de R. V.* sed pœna insuper afficiatur. *Auth. Contra qui C. de non num pec.* ea tamen non obstante, reis favore defensionis ac liberationis contrarias exceptiones proponere, atque se defendere à legibus indulgetur. Decianus *vol.* 3. *cons.* 100. *n.* 30 modo eas non copulative, sed alternative, vel conditionaliter objiciant; hinc regula adducta saltem loquitur de actore, quippe qui reorum privilegiis non gaudet, ut notat Perez *ad Cod. tit. except. n.* 28.

THES. XXII.

Sicut autem, uti jam dictum, exceptiones peremtoriæ effectum non sortiuntur, nec quicquam reo prosunt, nisi fuerint oppositæ, ita quoad illarum allegationem certum tempus à legibus præscriptum observandum venit. Opponuntur enim vel *ante* vel *post* litis contestationem. Priori casu allegantur in primo statim termino, ad impediendum litis ingressum, & ne reus ad actionem intentatam respondere

Digitized by

dere teneatur, nempe si quis se adversus intentionem actoris exceptione quadam tutum esse, eamque in continenti vel per instrumenta guarantigionata, ut vocantur, & Acta judicialia, vel per propriam adversarii confessionem liquido probari posse confidit. *Ord. Proc. Sax. tit.* 11. §. Es wäre denn 8. adeoque petitum tali modo format: bittet zu erkennen ꝛc. daß Beklagter auf die angebrachte Klage, sich einzulassen nicht verbunden *Ord. Proc. Sax. tit.* §. 11. Wenn nun also, 9 *in fin.* Berlich. *part.* 1. *concl.* 18. *n.* 37. *sqq. usque n.* 55. Carpz. *in Proc. tit.* 9. *art.* 7. *n.* 25. *usque* 30. Quod si tamen hæ altiorem indaginem requirant, solent post L. C. reservari. *arg. l.* 13. §. 3. *ff. ad SCtum Trebell.* Paul. Christin. *Dec. Belg. vol.* 4. *dec.* 174. *n.* 20. hac Formula: daß Beklagter seines Vorgebens ungeacht, auf die wider ihn erhobene Klage zu antworten, und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig, es werden ihm aber seine jetzo eingewandte Exceptiones, so viel dererselben erheblich, nach der Kriegs-Befestigung zerstörlicher Weise einzuwenden, billig vorbehalten. Schwendend. *ad Fibig. p. m.* 399.

THES. XXIII.

Posteriori casu probe separanda veniunt jura civilia à juribus Imperii & Saxonicis. Quoad jus civile Brunnem. *in hac L.* 9. *C. de except. n.* 7. *sqq.* aliique distinguunt inter judicia bonæ fidei & stricti juris, dicentes bonæ fidei judiciis, de quibus loquitur *l.* 4. *C. eod. & l.* 2. *C. sent. rescind. non poss.* exceptiones peremtorias ipso jure inesse. *l.* 3. *ff. de resc. vendit. l.* 84. §. 5. *de legat. I.* proinde necesse non esse eas ab initio contestari sive opponere, sed sufficere si ante rem judicatam objiciantur, cum eis officio judicis satis consulatur. *l.* 38. *l. f. ff. de hered. petit.* E contra in judiciis stricti juris exceptiones ab initio, (h. e. in ipsa litis contestatione, cum per hanc judicium constituatur, *l. un. C. de lit. contest.*) allegandas esse, quod probant ex *l.* 8. *&* 9. *C. h. t.* Berlich. tamen *part.* 1. *concl.* 18. *n.* 5. *& concl.* 39. *n.* 19. item Zangerus *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 33. *seqq.* & Berger. *in Resol. LL. obstant. tit. de except. q.* 1. dictas leges aliter & sic explicant, exceptiones quidem indistincte in omnibus tum bonæ fidei tum stricti juris judiciis ab initio proponi debere, ulterius tamen nihil requiri, h. e. non requiri exceptionis probationem, cum hæc omitti possit, donec actor probaverit, &

ita non obstare *l. 2. C. sent. resc. non poss.* cum in ea omissæ exceptiones non dicantur, quæ ab initio plane non contestatæ, sed quæ in L. C. oppositæ postmodum omissæ seu non delatæ sint ad probationem. Utraque dissentientium pars ad observantiam fori provocat, suamque sententiam in praxi obtinere contendit. Nos ultimam sequimur, quippe quæ tum legibus & rationibus satis firmatur, tum ad usum Juris Imperialis & Saxonici quam proxime accedit. In his enim res expedita est, ubi omnes exceptiones peremtoriæ litis contestationi statim annectendæ sunt, ita ut nec postea in articulis reprobatorialibus allegari possint. *Rec. Imp. de Anno* 1570. §. Demnach sollen 89. *Rec. Ratisb. de Anno* 1594. *&* *Rec. Nov. de Anno* 1654 §. Es soll auch hinfüro 37. *Item Ord. Proc. Sax. tit.* 11. §. Was aber 7. *&* *tit.* 21. §. Da auch 3. *verb.* bey der *Litis Contestation*, wie er bey Verlust derselben zu thun schuldig. Id quod ad abbreviandas lites saluberrime introductum ac vix exceptionem patitur, nisi 1.) vel sub generali ista exceptione actionis non competentis comprehendantur, quæ hoc operatur, ut reus exceptionem litis contestationi non in specie annexam postmodum in reprobatione deducere possit, modo simpliciter & absque relatione ad præcedentes fuerit opposita. Conferantur ea quæ infra *Membr. II.* §. 9. de hac re pluribus dicentur, vel nisi 2.) post litis contestationem noviter demum fuerint subortæ, aut antea ignotæ; vid. infra *Membr. II. d.* §. 9.

THES. XXIV.

Reliqua Legis nostræ verba hunc sensum habent: quod reus qui beneficio *l. 9. C. h. t.* usus, & in dubio litem negative contestatus est, non statim, sed tum demum, cum actor intentionem suam probaverit, exceptionem quoque deducere teneatur. Sic ipsi vigore *d. l. 9.* ut & *l. 4.* *&* *l. 8. C. h. t.* potestas competit exceptionis semel ab initio contestatæ probationem ad sententiam usque sibi reservandi. Monendum tamen hæc Legis nostræ verba cum grano salis esse accipienda. Caveat enim reus, ne probationes actoris ante susceptam reprobationem publicari patiatur, nam post cognita testimonia reprobationi amplius non est locus *Auth. At qui semel C. de probat.* quæ depromta ex *N.* 90, *C.* 4. ad quam jung. Gothofr. *in not. lit. e.* Negat equidem Gloss. *ad d. l. 9. & all. Auth.* reum suarum exceptionum probatione

Digitized by Google

batione præcludi, licet actoris attestata didicerit, sed cum in reprobatione adsit eadem legis ratio, subornatio nimirum & corruptio testium, hinc eadem sine dubio juris obtinet dispositio *l.* 17. *ff. de LL. l.* 19. *ff. ad exhib.* Jure Sax. hanc rem sufficienter decisam legimus *in Ord. Proc. judic. tit.* 21. *pr. &* §. 1. *& Const. El.* 16. *part.* 1. §. Wenn auch &c. Ubi sancitum, quod reprobationem suscepturus attestatorum publicationem non expectare, quin potius intra spatium Saxonicum, à die insinuatæ ad publicationem testimoniorum citationis, vel si documentis probatio peracta, à die insinuatæ citationis, ad procedendum super probatione, de reprobatione suscipienda se declarare, & intra idem tempus articulos probatoriales offerre debeat, *O. P. S. d. l.* ibique Commentatores. Exceptionem tamen ab hac regula satis notabilem videas infra *Membr. II.* §. 10.

THES. XXV.

Tantum de explicatione *L. Siquidem* 9. *C. de except.* Restat ut hactenus dispersa & separata colligentes sensum ejus litteralem in summam redigamus. Tres autem casus ibi proponuntur: Primus, quando reus actoris intentionem probatione deficere credens litem negative contestatur absque ulla exceptione. Nam nulla tunc defensio aut exceptio amplius requiritur, sed absolvendus est reus actore nihil probante *l.* 4. *C. de edend. l.* 8. *C. de probat.* Alter, si reus expresse affirmativè litem contestatur, h. e. si actorem intentionem suam plene probaturum credit, eamque in continenti fatetur, tunc exceptionem peremptoriam statim subjicere eamque probare necesse habet sublevato actore probandi onere, v. g. si fatetur se centum mutuo accepisse ab actore, statim excipiat, sibi ea donata vel remissa esse. *d. l.* 9. *vers. si vero.* Tertius casus est: Si reus de intentione actoris dubitans litem negative contestatur, & exceptione eventualiter opposita ejus probationem sibi reservavit, tunc actor ante omnia probare suam intentionem debet, & exceptio sub hac conditione: si tu debitum ex mutuo probaveris, ego factam solutionem deducam, proposita censetur *d. l.* 9. *vers. Nam si etiam.* Brunnem. *ad h. l. n.* 6. exemplo casum declarat. v. g. ego nego parenti meo te 100. mutuo dedisse, aut si hoc probaveris, quia versor in justa ignorantia & probabili, oppono exceptionem præscriptionis, solutionis, &c. Conf. *supr.* §. 2.

Digitized by Google

THES. XXVI.

Ratio Legis partim generalis est, & consistit tum in liberationis favore, cum proniora sint jura ad liberandum quam ad obligandum *l. 47. ff. de O. & A.* ac innocentiæ, quæ pro reis militat præsumtione *l. 5. pr. ff. de pœn.* tum in necessaria ipsorum defensione, pro qua judex etiam ex officio laborare tenetur *l. 19. ff. de pœn.* cum innocentes defendi publice interesse dicatur *in l. 33. §. 2. ff. de Procurat.* Unde hoc respectu sæpissime à regulis juris receditur & probe attenditur, ne quis exceptione sua privetur. Dan. Moller. *ad Const. El. 23. part. 4. n. 13.* Carpz. *P. I. C. 12. def. 15. n. 4.* Partim specialis & pro diversitate casuum Legis nostræ diversa. Sic ratio, cur in primo casu exceptio necessaria non sit, satis perspicua est, sc. quod superfluum plane sit, eum exceptionis oppositione ac probatione se onerare, qui simplici negatione contra intentionem actoris, quam certo scit esse falsam, jamjam munitus est. E contra in secundo casu ideo necessaria exceptio, ne reus intentionem confessus pro convicto haberi & condemnari possit. Ratio tertii Membri Legis nostræ itidem facilis & hæc est, quod licet hoc casu incertus sit reus, an actoris intentio sit vera & æqua, quia tamen fieri posset, ut actor eam probet esse veram vel justam, consultius reo sit adversus dubium hunc eventum opposita eventualiter exceptione probationem actoris, ei prius incumbentem, expectare. Prior Legis nostræ casus hujus loci non est, in eo enim nulla plane exceptio proponitur, & hinc non convenit cum rubrica disputationis, quæ agit de Excipiente non confesso. Quamobrem de duobus posterioribus tantum erimus solliciti, eorumque utilitatem & præstantissimos, quos pollicentur effectus in subsequentibus pro virium modulo paucis sumus expossituri. Et huc usque Legis Externa.

MEMBRUM II.

De Interpretatione, usu & applicatione Legis.

SUMMARIA.

1. *Progressus ad interpretationem Legis.*
2. *Extenditur Lex & ampliatur, ut etiam fidejussoribus prosit.*
3. *Quæ exceptiones competant fidejussori? Idem juris est in heredibus & aliis successoribus.*

4. Ex-

Digitized by Google

4. *Extenditur Lex ad actorem.*
5. *Et ad exceptiones etiam prætorias & facti.*
6. *Reus non confitetur, etiamsi conditionaliter respondeat.*
7. *Quorsum respiciendum sit in conditionata responsione rei?*
8. *Usus hodiernus supra dictorum.*
9. *Quando reus etiam non excipiens pro confesso non habeatur.*
10. *Reus, etiamsi contra publicationem attestationum actoris non protestatus fuerit, tamen non habetur pro confesso.*
11. *Etiam lite affirmative contestata, si à reo subjecta exceptio non habetur pro confesso.*
12. *Multo magis idem obtinet, si reus dubitans litem negative contestatur, adjecta exceptione.*
13. *Effectus Legis obtinet in omnibus causis.*
14. *An contra juramentum præstitum exceptiones opponi possint?*
15. *Transitus ad interpretationem restrictivam. Cessat Lex interdum quoad heredes & fidejussores & quoad privilegiatos.*
16. *Restrictio illorum, quæ Membro II. §. 4. adducta.*
17. *Non opposita exceptione reus habetur pro confesso.*
18. *Idem si legitimo tempore non opposita.*
19. *Si exceptiones in litis contestatione plane fuerint omissa, regressus reo ad illas amplius non datur.*
20. *Excipiens non litem contestatus, habetur pro confesso. Quid si non rite litem contestatus est?*
21. *Simpliciter exceptionem subjiciens non negando vel affirmando.*
22. *Falso negans intentionem actoris, amittit exceptionem. Quid si reus post juramenti delationem & acceptationem confiteatur intentionem actoris, an adhuc exceptione uti possit? Sententia affirmantium.*
23. *Sententia negantium, quæ approbatur.*
24. *Cessat Lex in novi operis nunciatione, in processu executivo, & in Cambiis.*

THES. I.

COgnitis ergo nunc quasi præliminaribus, ad rem propius accedam, quid in ipsis rerum obtineat argumentis §. 3. *Proœm. Institut.* paulo penitus contemplaturus. Hinc promovendus est sermo ad interpretationem Legis nostræ, quæ consistit in vera & congrua vo-

luntatis legislatoriæ expositione & propria JCtis est ac præcipua; oriturque ex disputatione fori *l.* 2. §. 5. *ff. de O. I.* i. e. ex controversia, quæ in foro in negotiis civium provenit, ex concertatione summi juris & æquitatis *arg. l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. & aqu. pluv.* ex comparatione juris scripti & non scripti *vid. l.* 37. 38. *ff. de legib.* ex dissidio verborum & sententia legis. Lex enim quandoque non expresse determinat quoddam contingens quod comprehendere voluit, quandoque determinat quod comprehendere noluit. Sive legislator interdum ex aliqua saltem parte voluntatem suam declarat, vel interdum plura dicit quam sentit. *l.* 102. *ff. de cond. & demonstr.* Struv. *S. J. C. Ex* 2. *th.* 48. Schilt. *ad n. Exerc.* 2. *th.* 1. *sqq. imprim.* 9. & 10. Hahn. *ad Wesenbec. de Legat. & fideicomm. III. p. m.* 428. & 430. Unde duplex mentis legis oritur interpretatio extensiva & restrictiva.

THES. II.

Fundamentum interpretationis extensivæ est paritas similitudo vel etiam prævalentia rationis. *l.* 7. 8. *ff. de LL.* Rationem autem Legis nostræ tum generalem tum specialem §. *ult. Membr. I.* jamjam exposui, quæ ab effectu desumta est, & in *L. non utique* 9. *ff. de except.* continetur, ne scil. is qui excipit, pro confesso habeatur. Ex hac igitur ratione ampliatur Lex nostra 1. respectu *Subjecti*, sive ejus qui exceptione utitur, ita ut non modo reis prosit hoc Legis beneficium, vi cujus excipientes pro confessis non haberi statuimus, sed & eorum fidejussoribus; quod generaliter Impp. Diocletianus & Maximianus affirmant *in l.* 11. *C. b. t.* & quod etiam expresse dicitur in *l.* 19. *ff. h. t.* Idque ex duplici ratione, tum quod incivile sit eum qui pro alio laborat & se in periculum conjicit ipso liberato in damno versari, unde fidejussoribus & intercessoribus jura facile subveniunt. Tab. *Anal. ad Barbos. axiom. lib.* 6. *cap.* 14. *axiom.* 1. & reorum exceptiones intercessoribus competunt eis etiam invitis *d. l.* 19. *h. t. l.* 32. *ff. de fidejuss.* Tum quod si exceptiones fidejussoribus non concederentur adversus creditorem, & huic illi coacti solverint, statim haberent regressum adversus ipsum reum, cui proinde non prodesset sua exceptio, cum actio contra fidejussorem mota adversus ipsum debitorem vi ipsa & effectu moveretur & cogeretur actione mandati fidejussori reddere, quod pro eo solvit, §. *f. I. de replic.* Giphan. *ad L.* 11, *C. de except.*

THES.

Digitized by

THES. III.

Non tamen simpliciter in omnibus exceptionibus regula hæc procedit, sed sub distinctione tradita in *d.* §, *f*, *l. de replic.* & imprimis *l. 7. ff. de except.* ubi distinguitur inter exceptiones reales & personales ita, ut illæ, quarum exempla videas in *all. l. 7. §. 1.* fidejussoribus omnino prosint, etiamsi omni legum auxilio in genere renunciaverint, nisi vel donandi animo vel pro invito *l. 6. §. 2. ff. mand.* intercesserint; hæ vero, quarum plurimæ recensentur *in ead. l. 7. pr.* ad eos non transeant, eo, quod intuitu personæ ejusdemque conditionis specialiter indulgeantur. Cui quidem obstare videtur *l. 14. pr. ff. sol. matr.* in qua defensori tribuitur beneficium competentiæ tanquam personalis exceptio: Respondetur tamen, aliam plane causam esse defensoris, qui surrogatur quasi in locum ipsius rei, eandem cum eo vicem subit, eademque actione conveniendus *l. 51. §. 1. ff. de procurat.* aliam fidejussoris, quippe qui ex proprio contractu stipulatione scil. convenitur *l. 12. C. de fidejuss.* Add. Zang. *de except. part. 3. cap. 26. n. 216. sqq. usque ad n. 232.* Ex his itaque constat fidejussori actione ex stipulatu convento omnes exceptiones reales reo competentes allegare, iisque, ne pro confesso habeatur, se defendere licere. Ceterum quæ de intercessoribus & mandatoribus hic dicta, etiam ad heredes in quos omnia jura privilegiaque realia transferuntur, & alios qui in rem successerunt, ut sunt cessionarii ac reliqui successores singulares, pertinent. Confer. Brunnem. *ad l. 11. C. h. t. ibique* Perez *num. 22. seqq.* Zang. *all. loc.*

THES. IV.

Porro propter rationis identitatem & generalem quam LL. defensioni tribuunt favorem non modo reus excipiens Legis nostræ beneficio gaudet, sed etiam ipse actor. Hoc fit in casu litis contestationis affirmativæ, qui continetur in *N. L. 9. vers. si vero.* Dum enim reus de actoris intentione confitetur, eam tamen mediante oppositarum exceptionum probatione infringere ac elidere studet, excipiendo actor fit, ut vocatur *in l. 1. ff. de except.* hinc privilegia quæ alias in casu L. C. negativæ sibi competerent, nunc in actorem transfert, qui reprobatione vel replica sua excludendus non est *l. 2. §. 1. & 2. ff. eod.* cum ad excipiendum quæ prosunt, proficiant etiam ad replicandum *l. 2.*

C. de

C. de judic. l. f. C. de edend. Unde post litis contestationem tali modo factam sententia sic concipitur: Dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet und derselben geständig, darneben aber Exceptionem transactionis rei judicatæ &c. vorgeschützt, so ist er solche binnen Sächsischer Frist, wie recht, zu erweisen schuldig, darwider Klägeren sein NB. Gegenbeweiß Eydes Delation und andere rechtliche Nothdurfft billig vorbehalten wird. s. d. z. b. w. r. i.

THES. V.

Objectum Legis nostræ sunt exceptiones peremtoriæ, eæque non tantum civiles, quæ ex Jure civili, Legibus scil. SCtis, Principum constitutionibus &c. descendunt, quales sunt exceptio solutionis, novationis, SCti Macedoniani, Vellejani, &c. sed & prætoriæ, nimirum quæ ex Prætoris jurisdictione oriuntur v. g. doli, metus, pacti de non petendo, & sic porro §. 3. *I. de except.* Porro non solum exceptiones juris, sed etiam facti, de quibus cum jam in antecedentibus quædam dicta sint *Membr. I.* §. 16. in his prolixior esse nolo.

THES. VI.

Formam textus nostri quod attinet, ea consistit in legitima exceptionum peremtoriarum oppositione ac probatione: Ampliatur hæc & asseritur, pro confesso haberi non posse excipientem, qui ad actionem propositam *conditionaliter* respondet: & quidem non saltem ad effectum, ut ad condemnationem perveniri ac executio contra eum decerni nequeat, ut volunt Carpz. *P. J. C.* 10. *D.* 20. & Brunn. *ad. L. n.* 20. sed etiam ad hunc, ut ne quidem actor ab onere probandi liberetur, eo, quod ex confessione conditionata vel qualificata ejus intentio minime fundetur, sed ab eo aliter probari debeat, ut notat Gloss. *ad L. n. lit.* 1. Bartol. & *DD. ad eand.* Jac. Menoch. *Arb. jur. quæst. l.* 2. *cent.* 1. *cas.* 93. *n.* 21. Franzk. *L.* 11. *Ref.* 20. *p. tot.* modo, ut allegati Autores inprimis Carpz. & Brunnem. monent, conditio fuerit in continenti addita, & factum contineat connexum, non separatum ab eo, de quo in confessione agitur, nec præsumtio quædam militet contra confitentem.

THES.

Digitized by Google

THES. VII.

Nobis autem ex mente Schilteri *ad π. in Append. de except. post Exerc.* 47. §. 5. & 10. in opponendis sub conditione exceptionibus ad conceptionem verborum respicere placet. Sic in ea loquendi formula si v. g. quis dicat: *si mutuatum est, ego solvi. Si promissum quid, pactum de non petendo factum est;* revera conditionalis adest sive hypothetica propositio, quæ fundamentum intentionis in eventum ejus futuræ probationis suspendit, & periodum concessivam efficit, ita ut hunc sensum habeat: *Etsi mutuatum esse probaveris, ego tamen factam à me solutionem postea probabo, &c.* Hunc igitur modum exceptionis opponendæ hypotheticum observans reus, fundamentum actionis minime fatetur, sed hoc adhuc probandum est, nam resolvitur ejusmodi propositio revera in litis contestationem negativam, cui annexa exceptio, eundemque producit effectum, ac si dixerit: *Nego mutuatum quid esse, eventualiter tamen, si mutuum probaveris, oppono exceptionem solutionis.* Schilt. *d. l.* §. 5. Multo aliter res sese habet, si qualemcunque modum excipiendi pro conditionali, & exceptionem quamcunque pro conditione, ut vocatur *in l.* 22. *ff. h. t.* accipere quis velit. Schilt. *d. l.* §. 2. v. g. si dicat: *Promisi tibi centum, si domum mihi vendideris*, vel tali modo: *Promisi quidem tibi* 100, *sed sub conditione, si domum vendideris*: hoc enim casu prior propositio, scil. promissio, affirmatur, nullaque ulteriori probatione indiget, altera vero propositio, nimirum adjecta qualitas & conditio negatur, quæ cum facti sit, à reo eam allegante necessario probanda. Continet itaque talis responsio tum litis contestationem affirmativam, tum exceptionem in continenti propositam, quæ facit ut confiteri quidem reus non videatur, nec condemnari statim possit, non tamen efficit ut onus probandi actori incumbat, quippe quod hic loci superfluum est. Et eam quoque mentem Carpzovii & Brunnemanni esse, limitationibus regulæ ab eis traditæ accuratius examinatis, non improbabile est. Add. Zang. *de except. part.* 3. *cap.* 26. *n.* 146. *seqq. usque ad n.* 154.

THES. VIII.

Posset equidem hic quæstio à DDbus satis agitata ventilari, an exceptio *simpliciter*, h. e. absque expressa negativa vel affirmativa litis

contestatione opposita, e. g. si reus nihil aliter dicat quam *se solvisse, præscripsisse, debitum compensatum esse*, pro confessione haberi queat? Sed quamvis certum sit quod exceptio tali modo proposita eum effectum, ut executio contra reum decerni non possit, producat, fateor tamen, eam pro confessione fundamenti intentionis omnino accipiendam esse, unde discussionem ejus ad interpretationem Legis nostræ restrictivam §. 21. jure meritoque reservo. Ceterum dubito an hæ quæstiones theoreticæ, quibus actum fuit de conditionali atque simplici exceptionum allegatione, notabilem quendam usum in foro polliceantur. Notum enim est, quoad praxin hodiernam, imprimis fori Saxonici, singularem formam litem contestandi & exceptiones objiciendi esse præscriptam. Sic præter *Const. El.* 10. *part.* 1. habemus expressos textus in *Ord. Proc. judic. tit.* Von der Litis Contestation 16. ut & *in Noviss. Appellat. Mand. de Anno* 1696. §. 14. quibus reis injungitur ut ad singula libelli membra & capita in specie respondeant, adjectam qualitatem à facto separent, omissa omni prolixitate vel obscuritate litem pure affirmando vel negando contestentur, non vero, præsertim quoad facta propria, aliis loquendi formulis, v. g. *se nescire, non credere* &c. utantur. Unde constat, neque conditionatam, neque simpliciter factam exceptionum allegationem, in foro nostro locum sibi vindicare, sed hoc casu meliorem reo litis contestationem injungi & accuratiorem *O. P. S. d. l.* Usum tamen illa præbere possent in iis judiciis Germaniæ, ubi tam accurata litis contestatio non solet exigi.

THES. IX.

Adduxi jam in amplianda Legis nostræ forma quosdam casus, quibus sub dubiis & inusitatis fere formulis *excipiens* pro confesso non habetur, nunc quoque monstrabo nonnullis in casibus etiam reo non *excipienti* beneficium hujus textus prodesse. Sic (1) milites & rustici videntur excusandi & suis exceptionibus adhuc audiendi, si ex summa simplicitate, vel quod peritiores consulere non potuerunt, earum oppositionem in litis contestatione omiserunt *L. 1. C. de jur. & fact. ignor.* (2) Potest reus post L. C. exceptionibus etiam antea in specie non allegatis uti, modo in ea exceptionem *non competentis actionis* opposuerit. Hæc enim generalis est, & id operatur, ut reus exceptionem

nem litis contestationi non annexam postmodum in reprobatione sua deducere possit, ita ut dici queat, non competere actionem, quia solutione, præscriptione, compensatione, &c. jam sublata vel remota. Interim cautus sit reus, ut illam simpliciter & absque relatione ad præcedentes exceptiones, non vero hoc modo proponat: Beklagter opponirt except. solutionis, compensationis, & hinc non competentis actionis, hoc enim casu exceptio hæc nihil ipsi prodest, nec alias, quarum scilicet in specie facta non fuit mentio, allegare potest. Schwendend. *ad Fibig. Part. spec. M.* 2. *Cap.* 2. *Sect.* 3. *p. m.* 1537. Carpz. *L.* 11. *Resp.* 58. *n.* 2. (3) Reo permissum est in quacunque judicii parte exceptiones, tempore litis contestatæ ignotas, aut post eam demum noviter subortas, ad eum effectum, ne tanquam confessus condemnari queat, opponere, præstito tamen prius ab eo de illarum ignorantia juramento, siquidem iniquum foret, reum præter culpam suis præcludere exceptionibus, præsertim cum nulla hic metuenda sit dissimulatio, postquam ab ista suspicione juramento se purgavit *O. P. S. tit.* 21. §. Da auch 3. Schwendend. *ad Fibig. n.* 203. *p. m.* 400. Carpz. *in Proc. tit.* 9. *art.* 7. *n.* 17.

THES. X.

Monuimus supra §. 24. *Membr. I*, cavendum esse, ne reus actoris probationes ante susceptam reprobationem publicari patiatur per *Nov.* 90. *cap.* 4. *& Auth. At qui semel C. de probat.* sed ut tempestive contra publicationem attestatorum protestetur. His tamen non obstantibus ampliatur hic regula Legis nostræ ut excipiens, etiamsi protestatione hac neglecta publicationem in termino ad hunc actum præfixo fieri passus sit, ideo tamen pro confesso (licet actor intentionem suam plene probaverit) haberi nequeat, & exceptionis suæ probatione, si adhuc ad eam se offerat, præcludendus non sit, modo per ea, quæ in *dict. Nov. & Auth.* requiruntur, juramento ipse ut & advocatus ipsius se purget, quod nec ipse, nec aliquis advocatorum vel procuratorum ejus, attestata perlegerit & didicerit. His igitur textibus non contrariatur (1) *Ord. Proc. Sax. tit.* 21. *pr. &* §. 1. ubi certa forma certumque fatale, nimirum terminus Saxonicus, reprobationi præfinitur. Ponamus enim, vel terminum ad publicationem attestationum, aut si documentis tantum peracta fuerit probatio, ad proce-

dendum super probatione præfixum, non integrum spatium Saxonicum, ut sæpissime fieri solet, continere, vel partes versari in processu summario, & non reprobationem sed contrariam demonstrationem, utpote quæ ad certum fatale non adstringitur, nisi expresse fuerit à Judice præscriptum, à reo suscipiendam esse: His certe in casibus sine dubio cessabit dispositio ord. proc. nec ad eos extendi poterit. (2) Non obstat asserto nostro judicialis observantia, protestationem contra publicationem probationis vel ante terminum, vel in eo ipso, requirens. Sciendum enim protestationem istam ideo quidem necessariam esse, ne hac omissa suspicio de inspectis attestatis in reprobantem cadat, & ne ab hac præsumtione contra ipsum militante juramento se purgare teneatur per *dict. Nov. 90. c. 4. & all. Authent.* vid. Carpz. *P. 1. C. 16. Def.* 34. non tamen id operare, ut ea neglecta reprobationi amplius non sit locus, cum nullibi expresse dispositum, quod reproducens de reprobatione sua in termino se declarare & contra publicationem attestatorum protestari debeat, sed sufficiat, si rotulos non acceptet & perlegat. Nam protestatio contra publicationem non pro forma requiritur, sed inspectio testimoniorum, & non is, qui non protestatus est contra publicationem, sed qui attestationes didicit atque perlegit, reprobatione sua præcluditur, idque ob metum corruptionis & subornationis testium; possent enim cognitis testium dictis subornari alii, qui veritatem testimoniorum evertant, vel addendo aliquid, quod priores testes non dixerant, vel ex dictis quædam immutando. Si ergo reproducens in termino publicationis attestatorum prorsus emanere, ac nihilominus reprobationem suscipere potest, de quo nemo dubitat; cur beneficio hoc privandus esset, qui præsens in termino quidem fuit, probationis tamen tenorem nondum cognovit? Sane diversitatis rationem hic non video, atque hinc concludo *Nov. 90. cap. 4.* in prædictis casibus adhuc hodie obtinere, ac juris Saxonici vel observantiæ judicialis interpretationem secundum eam esse faciendam, cum juris communis mutatio & abrogatio non fingi vel præsumi, sed expresse probari debeat. *l. 22. ff. de probat. l. 27. C. de testam.* Atque ita responderunt etiam pro hac sententia Scabini Hallenses Anno 1702. ad prætorium Pegaviense, his verbis: **Daß es eingewandter Leuterung ohnerachtet bey dem am 31. Jan. 1703. eröffneten und fol. -- befindlichen Urtheil zu lassen. Jedoch mit die-**

ser

ser Erklärung, es könte und wolte dann Leuterant und dessen Advocat eydlich erhärten, daß sie vor Uberreichung derer Probatorial-Articul den bey denen Actis fol. -- befindlichen Rotulum nicht gelesen, auf welchen Fall Leuterant mit dem Gegenbeweiß annoch zu hören. V. R. W.

THES. XI.

Finis quem Lex nostra intendit, sive inde resultans effectus ac utilitas, vel proximus est vel remotus. Ille consistit in eo, quod is qui exceptione utitur, pro confitente haberi nequeat *l.* 9. *ff. de except.* hæc vera ratio est tituli hujus disputationis, quæ agit de *Excipiente non confesso.* Extenditur hic etiam in vers. *si vero* ad litis contestationem affirmativam, ita ut quamvis reus intentionem actoris affirmet, attamen opposita simul exceptione peremtoria tanquam confessus pro convicto & condemnato haberi nequeat. *Cap. cum venerabilis* 6. *X de except. all. L.* 9 *ff. eod.* Nam confessus quidem est fundamentum intentionis non autem intentionem ipsam, sive petitum libelli. vid. *supr. Membr. I.* §. 13. Hinc debitum confessus evitandæ condemnationis causa statim excipere, remissionem, solutionem, transactionem, &c. objicere, unaque ex hujusmodi exceptionibus probata id efficere potest, ut ab actione penitus absolvatur. Conf. Schilt. *ad tit. ff. de except, th.* 3. *in fin.*

THES. XII.

Porro non minor exceptionum utilitas apparet in litis contestatione negativa, cui annexa fuit exceptio peremtoria, quam exhibet *L. n. vers. Nam si etiam &c.* Nimirum quando reus de actoris intentione *dubitans* negative respondet, additis eventualiter exceptionibus, hoc casu prius actor suam intentionem probare tenetur & postea demum reus exceptiones suas probat. Permissum itaque est de actionis veritate ac justitia dubitanti, eam negare. Dubitans enim ignoranti regulariter comparatur *l.* 21. §. 2. *C. de furt.* Menoch. *Conf.* 9. *num.* 53. Carpz. *in Proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 44. nec interpretatio contra dubitantem, sed in benigniorem partem, facienda *l.* 56. *ff. de R. J. cap. ult. de præsumt.* unde datum repetere potest *in* §. 16. *I. de furt. l. f. C. de condict. indeb.* Non igitur dubitans hoc casu pro confesso, sed pro ignorante & negante potius habetur, & onus probandi transfert in adversa-

rium; nam eventualiter tantum, nempe si actor præter omnem opinionem suam probet intentionem, exceptionum deductionem sibi reservat, quam ob causam Practici reorum exceptionales articulos vel elisivos cum beneficio *L. siquidem 9. C. de except.* offerre solent, ut testatur B. Brunnem. *ad d. l.* Nec obstat quod dubitans in mala fide versetur, adeoque hoc beneficio indignus videatur *l. 32. §. 1. ff. de usurp. & usuc.* Respondetur enim: Concedo quod sit in mala fide, hoc effectu, ut rei de qua dubitat an eam à vero domino acceperit, usucapio non procedat; eapropter tamen pro confesso haberi nequit, alias enim omnis is, cui aliqua lis moveretur, pro confitente accipiendus esset, ex ratione, quod reus per litis contestationem *l. 18. l. 20. de R. V.* vel hodie per solam citationem *l. 2. verf. sancimus C. de ann. except.* indistincte constituatur in mala fide, quod tamen falsissimum est, cum omnis effectus, qui litis contestationi vel etiam citationi tribuitur, dependeat ex futura sententia. Stryk. *Annot. ad Lauterb. Comp. ff. ad tit. de usurp. & usuc. verb. Nihil officit p. m.* 885. Hinc apparet hic loci dubitantem ignoranti non comparari ratione bonæ fidei, quam ille nunquam habet, sed ratione evitandæ confessionis. Unde reus, in casu dubio actoris intentionem negans, ea postmodum probata, propter hanc negationem inficiationis pœnam, quam statutam deprehendimus *in l. f. ff. de R. V. Auth. contra qui C. de non num. pec.* & aliis passim textibus, non incurrere neque suarum exceptionum probatione privari posse.

THES. XIII.

Remotus Legis nostræ finis eo tendit ut excludatur & elidatur actio. Et quidem beneficio exceptionum, quæ cum juris naturæ sint, *l. ut vim 3. ff. de I. & I. l. 4. ff. ad L. Aquil.* & in æquitate, quæ mater exceptionum dicitur, consistant, Roland. à Valle *vol. 2. cons. 35. n. 54.* in omnibus fere causis & processuum generibus, paucis exceptis, de quibus infra in restrictiva interpretatione quædam dicemus, locum sibi vindicant. Obtinet igitur effectus, quem Lex nostra exceptionibus tribuit, tum in causis civilibus tum criminalibus, utpote in quibus probationes requiruntur luce meridiana clariores; *l. f. C. de probat.* secularibus & ecclesiasticis; feudalibus æque ac non feudalibus, cum in feudalibus idem procedendi modus observetur qui in civilibus,

Digitized by

vilibus, teste Stryk. *in Exam. Jur. feud. Cap.* 25. §. 12. *ibique all. Auth.* In processu tam ordinario quam summario; tam petitorio quam possessorio, etiam summario sive momentaneo. Utut enim Ziegl. *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 19. verb. da solche Gegenbeweisung ꝛc. contrarium teneat, reprobationem scilicet in possessorio momentaneo admittendam non esse statuens, præsertim cum in hoc processus genere exacta non requiratur probatio per *Dec. El. Sax. Nov.* 1. Contrarium tamen verius videtur, siquidem in all. decis. contraria demonstratio prohibita non est; permissum autem censetur quod non prohibitum. *arg. l.* 43. §. 1. *ff. de procurat. l.* 13. *ff. de testib.* Unde collegia juridica in possessorio momentaneo remonstrationem in Sententia potius reservant. Ita enim Scabini Lips. in causa Actorn Vormunden Christian Bayers Kinder, contra Joh. Fridr. Gleditschen, mens. Junii Anno 1703. Senatui Lipsiensi responderunt, daß Kläger seines beschehenen Vorwendens ungeachtet auf die fol. 29. & 33. befindliche Rotulos sich einzulassen, so wohl mit seiner Gegenbescheinigung, dafern er dergleichen zu führen gemeynet, in Sächsischer Frist einzukommen schuldig, worauf, welcher Theil bey der Possessione præsentanea zu schützen, ferner ergehet, was recht ist ꝛc. Imo & in processu executivo exceptiones vel ad excludendum penitus, vel remorandam minimum executionem, suo modo opponi possunt, dummodo in continenti, h. e. intra terminum executioni præfixum liquidæ reddi & probari possint; hoc tamen cum discrimine, ut exceptio solutionis & compensationis quidem in ipso adhuc executionis termino admittatur, reliquæ vero peremtoriæ, etiam ex natura contractus oriundæ, vel ex inspectione, ipsius instrumenti guarentigiati actoris liquidabiles, v. g. non adimpleti contractus, non numeratæ pecuniæ, &c. intra tres septimanas ab insinuatæ citationis tempore, sint opponendæ, exhibitis simul documentorum, ex quibus probandæ, copiis; quo non facto, in reconventionis judicium remittuntur. *Decis. Elect. Sax. Nov.* 2. *ibique* Phil. *obs.* 5. 8. 9.

THES. XIV.

Sed quæritur hac occasione, an contra juramentum præstitum, vel pro præstito aut deserto habitum, exceptiones opponi, earumque probationes ad impediendam condemnationem & executionem suscipi possint: Equidem nonnulli DD. arbitrantur omnia juramenta, sive

ſive legalia ſint ſive judicialia, ob detectum dolum vel enormem læſionem, retractari poſſe *arg. Art.* 107. *Ord. Crim.* qui textus omne iniquum lucrum extorquendum eſſe dicit, ne dolus cuiquam proſit. Nos autem *ex L. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* diſtinguimus, inter juramentum judiciale ſive voluntarium, quod à parte parti defertur in judicio, & legale, quod judex uni litigantium ex neceſſitate, ac ob defectum ſufficientis probationis, injungit. Illo caſu, ob tacitam transactionem, quæ huic juramento ineſt *l.* 2. *ff. de jurej.* ut & ob ſtudium abbreviandarum litium, contraria probatio non admittitur *Conſt. El.* 15. *part.* 1. verb. Und da ſich gleich Kläger erbieten würde &c. ſed is, contra quem juratum, pro confeſſo & convicto ſtatim habendus eſt, ſibique imputet, quod, neglecta probatione ordinaria, cauſæ deciſionem alterius conſcientiæ commiſerit. Carpz. *in Proc. tit.* 11. *art.* 7. *n.* 29. *uſque* 36. Hoc tamen caſu res aliter ſeſe habet, & contra juramentum legale ſive neceſſarium exceptione ſua reus erit audiendus, ſi contrarium, intentionem ſcil. actoris falſam eſſe, ex inſtrumentis de novo repertis docere, ac ſententiam ſuper præſtito juramento latam mediante leuteratione vel appellatione à viribus rei judicatæ ſuſpendere velit; cum hoc juramentum ex neceſſitate ac in defectu plenæ probationis non à parte deferatur, ſed à judice injungatur, adeo ut ratio prioris, tacita ſcil. quæ juramento ſubeſt transactio, hic plane ceſſet per *d. l.* 31. *ff. de jurej.* Conf. Carpz. *in Proc. tit.* 12. *art.* 2. §. 12. & 13.

THES. XV.

Atque hæc de noſtri textus regula illiusque interpretatione extenſiva ſeu ampliativa ſufficiant. Tranſeo nunc ad alteram interpretationis ſpeciem, quæ reſtrictiva eſt, regulamque limitat. Ceſſat enim Legis noſtræ beneficium, cujus vigore excipiens reus pro confeſſo non habetur, 1. Ratione ſubjecti activi, ſeu perſonarum excipientium, interdum quoad ipſorum heredes & fidejuſſores. Nam ſicut ſupra *Membr. II.* §. 3. his omnes exceptiones reales, eorum principalibus vel anteceſſoribus competentes, prodeſſe diximus, ita nunc id negamus de perſonalibus, quippe quæ perſonam non egrediuntur & cum perſona exſpirant *l.* 7. *pr. ff. de except.* ut ſunt beneficium competentiæ, ætatis minorum, SCti Macedoniani, Vellejani, &c.

Perez.

Perez. in *Cod. ad L. n. num.* 24. *sqq.* Porro licet regulariter quilibet exceptione sua contra intentionem adversarii se tueri possit; privilegiatus tamen contra privilegiatum non utitur exceptione privilegii sibi competentis. *l.* 8. *pr. ff. de excus. tutor. l.* 12. *C. qui pot. in pign.* modo privilegia non sint disparia, v. g. ut unum sit generale, alterum speciale, sed æqualia & æque favorabilia. Ita minorem non restitui adversus minorem dicitur in *l.* 11. §. 6. *ff. de minor.* nisi alter certet de damno vitando, alter de lucro captando *per all. l.* 11. *& l.* 1. *C. si advers. fisc.* hoc enim casu ejus qui de damno vitando tractat, melior est ratio, isque contra adversarium utitur suo privilegio *l. f. ff. quib. ex caus. maj. & dict. l.* 11. §. 6. *ff. de minor.*

THES. XVI.

Dictum est supra *Membr. II.* §. 4. exceptionum beneficium commune esse actori & reo; Cessat tamen hæc regula, quando actor intentionem suam alterius conscientiæ committit, is autem jurare jussus conscientiam probationibus defendere mavult; nam contra hujusmodi probationem pro exoneranda conscientia, nulla competit actori exceptionum deductio vel reprobatio. *Const. El.* 14. *part.* 1. *O. P. S. tit.* 19. Wenn nun ꝛc. Ratio fundatur partim in notissima juris regula, quod quisque viam quam semel elegit, ambulare teneatur, weil er ihme einmal den Weg des Eydes belieben lassen, cum quod ab initio est voluntatis, ex postfacto fiat necessitatis; *l.* 17. §. 3. *Commod. l.* 23. *de R. I.* partim in eo, quod admissa reprobatione, si quid in ea probatum fuerit, auferatur jurare jusso recursus ad juramentum delatum, qui tamen ipsi adhuc patet, per *d.* §. Wenn nun *Ord. Proc.* Carpz. *in Proc. tit.* 11. *art.* 5. *n.* 24. *sqq. usque ad n.* 28. Idque adeo verum est, ut ne quidem interrogatoria, talia nimirum quæ merita causæ concernunt, admittantur, cum ita formari possint, ut reprobationem & plenam exceptionum deductionem contineant; ne per indirectum concedatur quod directo prohibitum. *Dec. El. Nov.* 19. *ibique* Phil. *Obs.* 1. *n.* 14. *sqq.* Add. Ziegl. *ad O. P. S. tit.* 19. *verb.* Keine Gegenbeweisung verstattet ꝛc. Alia hujus regulæ limitatio reperitur *in Ord. Proc. judic. tit.* 21. §. Da auch 3. *verb.* wie auch der Kläger in solchem Fall mit fernerer Gegenbeweisung, in quibus contra jus commune actori reprobationis reprobatio interdicitur, uno tantum casu excepto,

nimirum quando reus in reprobatione usus est exceptionibus post L. C. noviter repertis *dict.* §. 3. *verb.* Daß dem Beklagten de novo solche Exceptiones zu Handen fliessen &c.

THES. XVII.

Progredior ad Formam Legis, quæ ut supra *Membr. II.* §. 6. dixi, consistit in legitimo tempore & modo proponendarum & probandarum exceptionum. Quoties ergo circa hanc quædam omissa reperiuntur, reus probata, vel per propriam confessionem, vel alio quovis modo, actoris intentione, defensione sua privari & pro confesso haberi potest. Hinc (1.) condemnatur reus hoc casu, qui vel centum exceptionibus adversus actionem in judicium deductam se munitum esse putat, si eas *plane non opposuerit*; necessitas enim opponendi eas ipsi injungitur per verb. Legis nostræ: *habita exceptionis contestatione*; unde nec à judice regulariter suppleri possunt, etiamsi maxime sint notoriæ; qua de re pluribus vid. *Membr. I.* §. 21. sed reus iisdem tacite renunciasse censetur *l. 29. C. de pact.* tacendo enim sibi quis præjudicat, eo casu, quo respondere habet necesse, i. e. in judicialibus *l. 11. §. 4. ff. de interr. in jur. fac.* & propositum ejus in mente retentum nihil operatur *l. 7. C. de condict. ob caus.*

THES. XVIII.

Idem, quod jam de omissa exceptionum contestatione monui, obtinet, etiam (2.) quoties reus exceptiones quidem opposuit, sed *tempore minus legitimo.* Aut enim proponuntur ante litis contestationem, ad impediendum litis ingressum & evitandam responsionem ad libellum actionis: aut litis contestationi, sive affirmativæ sive negativæ, statim subnectuntur. Priori casu, si effectum speratum producere debent, in continenti eas vel per instrumenta vel adversarii confessionem, probandas esse, supra *Membr. I.* §. 22. asserui, variisque textibus, ex Jure Civili, Imperii, & Saxonico depromptis, confirmavi. Quod si tamen istæ intra terminum probatorium liquido deduci nequeant, sed altiorem indaginem requirant, à judice non attenduntur, & reo per sententiam litis contestatio injungitur, licentia illi concessa, ut post illam in vim peremtoriarum iis, si velit, utatur, quod hoc modo in Sententia exprimitur: Daß Beklagter seines Vorwendens

dens unweacht, bey Straffe Ungehorsams, auf die erhobene Klage zu antworten und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig, und werden ihm seine Exceptiones, so viel derselben erheblich, nach der Kriegs-Befestigung zerstörlicher Weise darwider einzuwenden billig vorbehalten. V. R. W. Conf. Dan. Moller. *ad Const. El.* 3. *part.* 1. *num.* 2. Opus ergo est, ut reus nisi exceptionibus his privari, & probata intentione actoris tanquam confessus causa cadere velit, eas in lit. cont. adhuc repetat. Id enim probant clara verba Sereniss Legislatoris *in Ord. proc. tit.* 11. §. Was aber die peremtorias, & *tit.* 21. Da auch der Beklagte, à quibus temere recedere non licet, tantoque minus, cum protestatio saltem super exceptionibus peremtoriis permissa fuerit reo *in all.* §. Was aber quo ipso exclusa & prohibita est oppositio & tractatio exceptionum in continenti non liquidarum ante L. C. cum unius inclusio sit alterius exclusio *l.* 12. *ff. de judic. l.* 20. *C. de Procurat.* Sane ratio hujus Constitutionis Elect. facile dari potest, nam si permissum esset reo, exceptiones suas indistincte ante L. C. opponere, inverteretur plane processus, cum ante eam nondum constet de cathegorica ejus confessione ac responsione. Carpz. *in Proc. tit.* 9. *art.* 7. *n.* 23. *sqq.*

THES. XIX.

Posteriori casu non in continenti excipiens pro confitente habetur, tametsi ex postfacto exceptiones opponere & reprobando deducere velit, nisi in eodem adhuc termino, in secunda forte positione, litis contestationi in prima positione factæ eas superaddat; quæ enim in eodem adhuc termino fiunt, in continenti fieri censentur; & cum in secunda positione ipsius litis contestationis defectum supplere liceat, quidni & omissas in prima positione exceptiones, quæ pars L. C. habentur? Imo non dubito quin post publicatam sententiam, qua actori probatio injuncta est, etiam leuterando adhuc peremtoriæ exceptiones opponi possint, quia nihil interest ipsius actoris statim L. C. annexæ sint, an adhuc leuterando ante probationem susceptam opponantur, cum utroque modo elisivis suis articulis contra eas possit audiri arg. eor. quæ de dilatoriis tradit Berlich. *part.* 1. *concl.* 18. *n.* 12. Ceterum extra hunc casum regulariter injunctum reo est, eas sub pœna præclusi & privationis una cum L. C. proferre *in Ord. proc. tit.* 21. §. Da auch der Beklagte verb. bey der Litiscontestation

wie er bey Verlust derselben zu thun schuldig, & postea: Soll er seine Gegenbeweisung zugleich auf die Exceptiones richten, und hernach weiter damit nicht gehöret, noch dieselbe, da er deren bey der Kriegsbefestigung nicht gedacht, ob er gleich hernach darauf articuliren wolte, attendiret werden. Quod in favorem actoris introductum, ne alias is articulis probatorialibus suis elisivis, ceu anticipata quasi replicatione, contra hujusmodi exceptiones præcluderetur, cum post reprobationem nulla ulterior admittatur probatio. Unde & pro singulari cautela à nonnullis haud immerito commendatur reis, ut vel generalem saltem non competentis actionis exceptionem, de qua §. IX. dictum, opponant, vel specialiores minimum earum circumstantias reticeant, quo actor tanto minus eas in probatione sua elidere possit, v. g. annectendo tantum eventualiter exceptionem solutionis, compensationis, transactionis, rei non sic sed aliter gestæ &c. Quod si ergo in litis contestatione plane fuerint omissæ, regressus reo ad illas amplius non dabitur, nec in articulis reprobatoriis, vel alio quocunque termino eas oppositurus, audietur, sed in pronunciando non attenduntur. Quæ res fundamento non caret firmissimo, cum de eo quod per litis contestationem in judicium non fuit deductum, judici facultas cognoscendi atque judicandi non competat *l. un. C. de lit. contest. l. 18. ff. comm. divid.*

THES. XX.

Cum igitur post litem contestatam peremtoriæ exceptiones sint opponendæ, quin & ante L. C. oppositæ denuo litis contestationi subnectendæ, sponte sua exinde fluit, quod excipiens, non autem litem simul contestatus, pro confitente habeatur, rejectis in reconventionis judicium exceptionibus. Sed quid de eo, qui non rite & legitime litem est contestatus, dicendum, si prævia condemnatione pro confesso & convicto, lisque pro affirmative contestata, declaretur, an & hic exceptiones, vitiosæ litis contestationi annexas, perdere debeat? Ita quidem videtur in pœnam reiteratæ contumaciæ, cum idem sit plane non fieri & legitime non fieri *arg. l. 6. ff. qui satisd.* Enim vero cum longe major sit contumacia plane non comparentis, vel non respondentis, quam non legitime tantum litem contestantis, hocque culpa sæpe Advocatorum magis, quam partium contingat,

gat, mitius hac in parte quodammodo cum tali reo quoque agendum, sufficietque litem pro affirmative contestata haberi & reum in pœnam pro confesso, salvis exceptionibus peremtoriis, declarari; ne duplici alias pœna propter unam eandemque causam afficiatur, nimirum condemnatione pro confesso, & amissione exceptionum revera non omissarum, sed oppositarum: cum tamen circa unam eandemque causam duo singularia non facile concurrant *arg.* §. 6. *Inst. de legat.* nec odiosa hujusmodi sint extendenda *c.* 15. *de Reg. jur. in* 6. prout in simili fere concludit Carpz. *Pr. Jur. T.* 10. *art.* 4. *n.* 17. 18. 19. *&* 24.

THES. XXI.

Nunc progredior ad decisionem quæstionis, quam in §. 8. *Membr. II.* promisi; an scilicet is qui *simpliciter*, absque ulla affirmatione, exceptionem allegat, nihilque aliud ad propositam actionem respondet, quam se solvisse, præscripsisse &c. confiteri censeatur fundamentum intentionis, hoc effectu, ut actorem ab onere probandi liberet, ipseque statim probare teneatur suam exceptionem? Negat id Cynus *ad l. siquidem* 9. *C. de except.* aliisque, quorum sententiam ut communem sequitur Franzk. *L. II. Resolut.* 18. Affirmat ex veteribus Dynus *in cap. exceptionem* 63. *de R. I. in 6to.* ex recentioribus Donell. *ad L.* 1. *C. de probat.* & Schilt. *ad tit. ff. de except.* §. 6. ubi fundamenta Franzkii pro more solito, h. e. solidissime refutat, cujus sententiam meam quoque facio, adeoque, prolixitatis evitandæ studio, ad illum me referens, accuratius argumentorum utriusque examen ipsi conflictui reservo: Interim hoc saltem ex §. 8. *Membr. II.* repetere placet, exiguum hujus quæstionis usum esse in Saxonia, ubi hic modus, simpliciter absque affirmatione vel negatione litem contestandi, plane non obtinet.

THES. XXII.

Caveat porro reus excipiens ne contra manifestam veritatem neget, & actoris intentionem, quam certo scit fundatam, malitiose inficietur, ne ea postmodum legitime probata ad exceptionis auxilium, si confugere velit, ea privetur. Contraria enim vel pugnantia allegans non auditur *l.* 1. *C. d. furt. l.* 100. *de condit. & demonstr.* sed pœnam mendacii incurrit *l. f. ff. de R. V. Auth. contra qui C. de non num.*

pec. Perez. *in Cod. tit. de except. n.* 20. Dolendum quidem moribus hodiernis saluberrimum hoc contra malitiosam reorum inficiationem remedium non adeo stricte observari; quid enim frequentius in judiciis occurrit, quam negativæ litiscontestationes, quibus annectuntur exceptiones responsioni contrariæ? quem modum ex hac ratione quidem excusare student, quod velut in dubio eventualiter tantum & in casum inopinatæ probationis ab actore consummatæ actionis exclusionem sibi reservent; non tamen desunt casus, in quibus jura Saxonica gravem hunc abusum coercent. Sic in *mandat. Appellat. de Anno* 1696. §. 14. Advocatus clientem ad negationem contra ea quæ manifeste vera sunt instruens, pœnam quinque thalerorum incurrit. Ziegl. *Introd. ad Proc. cap.* 7. §. 4. *pag. m.* 29. ita enim Scab. *Lips. in caus.* Georg Herrmans contra Marien, Andreä Schmidts Eheweibes, judicio deputat. Senatus Lips. ad caus. rustic. vulgo Land-Stube. Mens. Nov. Anno 1699. responderunt: Im übrigen wird Beklagter Curator und Advocatus L. G. S. daß er angeregten Kauff, wider die beygelegte Acta und seiner Principalen darinnen gethanes Geständnüß, unverschämt geläugnet, mit 5. Rthlr. billig bestraffet. Quin & reus quoque interdum propter negationem intentionis exceptionibus suis privatur, prout ex *l. f. ff. de R. V.* supra demonstravi; quibus jungi meretur D. Hornii JCti Witteb. *Diss. ad dict. l. fin.* De eo tamen casu, si actor intentionem suam conscientiæ rei committat, wenn er dem Beklagten die Klage ins Gewissen schiebt, reus vero litem in totum negative contestetur, annexis tamen eventualiter exceptionibus peremtoriis, at deinde in termino jurandi reus juramenti præstationem recusans, fundamentum actionis affirmet, wenn er die Klage einräumt & ad exceptionum in fine L. C. oppositarum probationem se offerat, an audiendus sit reus nec ne? judicia haud conveniunt. Scab. Elect. Sax. Lipsienses pro affirmativa responderunt in causa Leonhard Schützens contra Georg Bischoffen Mens. Januar. 1691. verb. Weil Beklagter den zuerkandten Eyd zu leisten sich geweigert, und nunmehro die Klage gestanden, so hat es dabey sein Bewenden; würde nun ermeldter Beklagter seine vorgeschützte Exception, daß Kläger den Anfang zum Zanck gemacht, erweisen, inmassen ihme, Klägers Gegenbeweiß und andere rechtliche Nothdurfft vorbehältlich, in Sächsischer Frist zu thun oblieget, so ergehet darauf rc. Imo præstito jamdum ab actore juramento calumniæ

lumniæ reus juramento principali renuncians, & ad probationem exceptionum L. C. annexarum provocans, indem er den Eyd fallen lassen, und sich zu Ausführung seiner zerstörlicher Weise supra opponirten Exceptionen offerirt, non attenta actoris contumaciæ accusatione ac protestatione in causa coram Prætorio Lips. Christian Wunderlings contra Heinrich Daniel Weylen, Mens. Jul. Anno 1698. à Scab. Lipsiensibus admittebatur, his verbis: Dieweil Beklagter die vormahls verneinte Klag-Puncte nunmehro eingeraumet; so hat es noch zur Zeit dabey sein Bewenden, und ist er mit dem zuerkandten Eyde zu verschonen, hingegen zuförderst die fol. 12. sqq. vorgeschützte Exception in Sächsischer Frist Klägers Gegenbeweiß und andere rechtliche Nothdurfft vorbehältlich, wie recht zu erweisen schuldig; worauf so dann in der Sache ferner ergehet, was Recht ist. Nec refert toti juramento an parti illius quis renunciet, suasque peremtorias probare paratus sit, quemadmodum Scab. Lips. Prætor in causa David Schladitzens contra Daniel Bönigken, Anno 1690. Mens. Octobr. pronunciarunt. Dieweil Beklagter ausserhalb die nunmehro eingeraumte Puncte den zuerkanten Eyd würcklich geleistet, so hat es dabey sein Bewenden; würde nun ermeldter Beklagter seine vorgeschützte Exceptionem defensionis beweisen, inmassen ihme, Klägers Gegenbeweiß, und andere Rechtliche Nothdurfft vorbehältlich, in Sächsischer Frist zuthun ob lieget; so ergehet darauf ferner in der Sache, was Recht ist. Sed hæc facilius forte admittenda, dum reus negata antea sic confitetur, & inverso quodammodo processu quasi actor fit. *arg. l. 1. ff. de except. l. 19. ff. de probat.* relictaque actori reprobatione exceptiones peremtorias probare suscipit; majoris vero dubii quæstio est: an reus v. g. in injuriarum actione exceptionem veritatis, litis contestationi pure negativæ annexam, sine prævia injuriarum confessione, reprobando deducere possit? Et quamvis implicare videatur, si quis neget se verba libelli injuriosa locutum esse, & tamen se vera dixisse, in reprobatione deducere velit, cum talis exceptio affirmativam semper vel initio vel ex postfacto ad minimum factam L. C. præsupponat, quia & præjudicio id fieret actoris contrarii probatione sic exclusi, cum sicut actor tali casu negata libelli, h. e. reum verba ista injuriosa evomuisse, probare debuit, ita reus reprobando negativam suam, h. e. se verba illa locutum non fuisse, obtinere tantum teneatur; nihilominus tamen his aliisque contra ta-

lium

lium reprobatorialium articulorum impertinentiam oppositis, in causa Bernhard Apitzschens contra Theophilum Fromholden Scab. Lipſ. Menſ. Januar. Anno 1693. Senatui Lipſ. reſponderunt: Daß die übergebene Gegenbeweiß-Artickel pro impertinentibus nicht zu achten, und wird mit Abhörung der producirten Zeugen, des von Klägern beschehenen Vorwendens ungeachtet, gebührend billig verfahren: eaque Sententia rejecta à Senatu, Leuteratione in Curia Provinciali Sax. Lipſ. Term. Reminiſcere de Anno 1703. confirmata eſt.

THES. XXIII.

Verum in ſupremo Appellationum Dresdenſi Judicio diverſum obtinet, & reus intentionem actoris negans in caſibus jam adductis ad exceptionum auxilium fruſtra provocabit: Primo enim reus, cui ſuper actione juramentum delatum, is autem litis conteſtatione per totum negative facta poſtea in termino ad jurandum præfixo intentionem actoris affirmat, & ad exceptiones L. C. annexas refugium quærit, in memorato hoc Judicio iis amplius non auditur, uti pronunciatum, non ita pridem in cauſa Wolff von Lindenau contra Dorotheen Würdigin. Idem ſententionandi modus in caſu fere ſimili ibidem obſervatus. Reus enim poſtquam juramentum ſibi delatum actori retulit, hic autem debito modo id præſtitit, ad exceptionum probationem ulterius non admittitur, ſed ut confeſſus & convictus ſtatim condemnatur: quæ Sententia obtinuit in cauſa Gottfried Welthen contra Rudolph August, Edlen von der Planitz, Term. æſtivo Anno 1699. Ratio partim conſiſtit in odio erga inficiationem & in totum negative factam litis conteſtationem, partim hæc eſt, quod juramenti delatio ſit inſtar transactionis *l. 2. ff. de jurejur.* Atque hæc Sententia ut ad amputandas litium protractiones malitioſas magis faciens, proindeque æquior, mihi præ altera approbanda & defendenda videtur.

THES. XXIV.

Tandem ratione finis, qui conſiſtit in actionum excluſione, ceſſat Legis noſtræ beneficium, vi cujus excipiens pro confeſſo non habetur, in omnibus cauſis, in quibus exceptionum oppoſitio & probatio locum non invenit. Sic in cauſis quæ moram non patiuntur,

v. g.

v. g. novi operis nunciatione, reus exceptionibus suis non auditur, sed aut nunciationi factæ statim paritionem præstare, aut hac ut & cautionis oblatione neglecta opus destruere, tenetur *l.* 7. *l.* 21. §. 1. *ff. de Nov. op. nunt.* Schilt. *ad h. t. exerc.* 42. §. 10. Porro in processu executivo excipiens facta recognitione ad instar confessi condemnari potest, quoties exceptiones propositæ altiorem indaginem requirunt per *Dec. El. Sax. Nov.* 2. *&* 12. ibique Phil. Major adhuc est Juris Cambialis rigor, quo facta literarum cambialium recognitione vel earundem recusata diffessione, nec exceptiones, alias in continenti, seu intra terminum probatorium liquidæ, ad impediendam condemnationem & præsentissimam executionem admittuntur, nisi statim absque ulla dilatione sive discessu ex judicii loco, vel itidem per litteras cambiales, vel alia documenta guarentigionata, intentio actoris elidi queat, uti dispositum in *Ord. Judic. mercat. Lips. de Anno* 1682. §. Gleichwie nun 13. Atque hæc sunt quæ occasione *Legis siquidem* 9. *C. de Except. de Excipiente non confesso* differere volui. Fateor quidem multa forsan huc pertinentia in Tractatione vel omissa vel non ex voto proposita esse; quod si tamen benevolus Lector Thematis præstantiam, & practicam quam requirit experientiam, paulo penitius secum perpenderit, omnem plane mihi veniam non denegatum iri arbitror, quin potius mihi de virium mearum infirmitate excipienti loco rigorosæ cujusdam censuræ vel iniquæ condemnationis Legis nostræ beneficium profuturum esse confido.

Considerationem legalem ejus, quod circa Formale ac Fatale opponendarum Exceptionum in Curiis Romano-German. ac Saxon. hodie obtinet, Præside BARTHOLOMÆO LEONHARDO SCHWENDENDOERFERO, *U. J. D. Pandectarum in Philyrea Professore, Capituli Martisburgensis majoris Canonico, Facultatis Juridicæ ac Curiæ provincialis Lipsiensis Assessore, publice ventilandam exposuit die* 21. *April.* MDCLXX. JOH. ANDREAS VOCKRODT, *Molhus. Tyrigeta.*

CUm aliquot retro annis juridici studii suavitate captus, non modo in Illustri Norica hujus nobilissimæ artis principia in-

quirere cœperim; sed & bene - cupientium suasu, in hanc deinde concesserim Philyream, cæptam Altorfi, & interruptam paulo post telam DEO propitio, contexturus: Publico nunc tentamine explorandum duxi, --- quid valeant humeri, quid ferre recusent. Licet vero Cathedram Petrinam Theoricis magis scatere audiamus doctrinis; neque tamen practica prorsus recusat, sed devenerandi hujus Academiæ Antistites Juris bene experti, theoriam sine praxi parvi esse momenti, illamque solam jurium cognitionem solidam nequaquam præstare, plerumque intra privatos parietes usum ejus, quod publice legendo stabilivere, suis auditoribus patefacere solent, erecto quasi digito monstrantes, quomodo jura rebus sint applicanda, prout tot hactenus habita Collegia practica hoc luculenter probant. Ac insuper Collegæ & Amici suavissimi specimen de accusatione contumaciæ sub finem anni proxime delapsi editum publice docuit, non Juris tantum Doctoribus, sed studiosis quoque concessum esse, practicis invigilare thematibus, & sæpe hos non in vano ducere vigilias, ut *Novell.* 8. loqui amat. Unde plane confidimus, nec nobis denegatum iri, ejusmodi quid effabricare. Actorum ille magis vices sustinuit; Reorum igitur nos partes sequi suadet ratio ac favor. *l.* 125. *ff.* de R. J. quorum potissimus clypeus in justarum exceptionum oppositione consistit. *l.* 11. *C. de appell.* & Consult. Wesenb. *π. ff. n.* 9. & *C. n* 8 *de except.* Hinc mentem fixi in hac, certo persuasus, non omnem me perditurum operam, si, quæ theoria de Exceptionibus hactenus inculcavit, foro accommodare allaborem. Argumentum nervosa sane elaboratione dignum, adeoque optandum, ut hæc illi respondeat; Ast pictorum solum discipulos, qui elegantissimarum sæpiuscule picturarum fundamentum, crasso plerumque penicillo ponere jubentur, nos imitaturi sumus, leviterque ac breviter tantummodo exceptionum oppositionem adumbraturi, limatiorem ejus tractationem fœcundioribus ingeniis ac crumenis relinquentes.

Partiemur laborem hunc in duas Sectiones, & has iterum in aliquot Capitula, ita ut prioris 1. homon. synon. definit. ac divisionem; 2. Jus antiquum: Posterioris 1. hodiernum modum. 2. tempus dilatorias, 3. peremtorias, & 4. executionis remorativas opponendi aperiat.

Tu vero Candide Lector, ut hanc opellam æqui bonique consulere

lotevelis, est quod à Tuæ humanitatis benevolentia decenter rogito atque contendo. Ac ne in limine statim contra Sacratissimi Imperatoris exemplum *in l. 2. pr. de Off. præf. prat. Afr. Nov. 6. & 8. pr. alibique passim* laudabiliter relictum, faciam, sed principium DEO amabile, & cætera universa bene & competenter procedant, fabricaque decenti superædificata fundamento eo firmior sit, *ex Nov. 109. pr.* supplex peto: Principium, Medium DEUS ô sis, Terminus idem!

SECTIONIS PRIMÆ
CAPUT I.

Homonymiam, Synonymiam, Definitionem ac Divisionem Exceptionis remissive perlustrans.

§. I.

SI nefas secundum Gajum in *l. 1. ff. de O. J.* causas in foro dicentibus videatur, absque præfatione judici rem exponere; Quanto magis nobis de materia, cujus usus vix alibi, quam in foro spectatur, scripturis conveniens erit, aliquid præfari. Dicitur autem exceptio ab excipiendo, cujus vocabuli plures, præter hanc nostri propositi, significationes repeti possunt ex Lexicographis; Item Schneidew. *ad pr. i. de except. n. 2.* Ludw. *Exercit. Justin. 17. th. 1. lit. b.* & præprimis Colleg. Argentor. quod *tit. de exception. th. 3.* homonymiam hujus vocabuli prolixe tractat.

§. II.

Juridice vocabulum exceptionis sumtum denotat jus. Bach. *ad pr. j. de except.* hoc est, remedium juris *arg. pr. j. de Action.* reo competens contra intententionem actoris *l. 2. ff. de except.* Ludw. *ad* §. 1. *j. eod. & d. exerc. & th. lit. c.* Variisque hinc inde in jure appellationibus significatur, videlicet defensionis, præscriptionis, conditionis &c. Vide Ludw. *dd. ll.* & Struv. *S. J. C. exerc. 46. th. 2.* ac multo plura collegerunt Argentorat. *d. l. & th. n. 17. & seqq.* Germanice dicitur Auszug, Einrede, Ablehnung, Ausflucht, Einwurff, Vorwenden rc.

Digitized by Google

§. III.

Sumitur autem vel generaliter & late, prout omnem omnino defensionem, cujuscunque sit generis, comprehendit, ut *in l. 4. 9. 11. & 12. C. de except. & in l. 1. C. de J. & F. Ign.* Wesenb. *π. ff. de except. n. 2.* sive intentionem adversarii ipso jure, sive per exceptionem tollat. Zang. *de except. part. 1. cap. 3. n. 1.* idque excipiendo, replicando, duplicando, triplicando, vel quadruplicando. *l. 2. §. 1. 2. 3. ff. de except.* Ludw. *d. th. 1. lit. b.* vel specialiter ac stricte, pro eo remedio, quod actioni jure civili constitutæ à reo oppositum, hanc ipsam æquitatis ratione excludit *pr. & §. 1. j. de except.* Zang. *d. cap. 3. n. 2.* Ludw. *d. lit. b.* Et vocatur exceptio juris. Perez. *Cod. d. tit. n. 3.*

§. IV.

Licet vero aperte hinc liqueat, omnem exceptionem recte defensionem dici, utpote ad defendendos reos comparatam *pr. j. h. t.* Sed non contra omnem defensionem esse statim exceptionem proprie dictam. Vide Vinn. *in præloq. ad tit. j. de except.* Usu tamen interpretum juris omnis generis defensio, sive juris, sive facti negatione actoris intentionem impugnet, exceptionis nomine venire Vinn. *d. l.* annotat, & Mollenb. *in divis. jurid. centur. 3. divis. 18. b. fine.*

§. V.

Porro consideratur exceptio dupliciter, prout nimirum vel in persona rei radicata & in actu primo; vel ut in judicio contra actoris petitionem proposita & in actu secundo. Struv. *d. Exerc. 46. th. 2.*

§. VI.

Pro varia hac acceptione varie quoque definiri necessum est. Illo modo describitur exceptio, quod sit jus, sive juris remedium impugnandi actionem, ad excludendum actorem, reo competens, *pr. & §. 1. j. de except. l. . & 22. ff. eod. pr. j. de Replic.* Hoc sensu non incommode cum Theophilo *Instit. tit. de except* & Zang. *d. tract. part. 1. cap. 3. n. 24.* definiri posset: Quod sit judicialis allegatio, reo competens adversus intentionem actoris. *tx. in L. un. C. de satisdand* Wesenb. *π. ff. de except. n. 3.* ibique Præses *in Dictat. ad Wesenb. verb. judicialis allegatio.* Carpz. *Process. tit. 9. art. 1. n. 3.* Quæ descriptiones cum nostræ

stræ intentioni sufficiant, alias Dd. mire varias examinare instituti ratio prohibet: quapropter ad divisiones progredimur.

§. VII.

Ex diversitate causarum multifarias quoque exceptiones recipiunt divisiones. Verumenimvero, missis his quibus à causa efficiente, impulsiva, remota, proxima, subjecto, objecto, & forma aliæ atque aliæ tribuuntur qualitates, quas omnes late persequuntur Zang. d. cap. 3. n. 34. & seqq. Coll. Argent. *de except. th.* 4. Wesenb. *n. ff.* & *C. eod.* eam tantum, quæ nostro labori satisfacit, & summa ac principalis vocatur. Coler. *ad rubr. decretal. de except. n.* 10. in scenam producemus.

§. VIII.

Deducitur illa à fine & effectu. Ludw. *d. exerc.* 17. *th.* 1. Vinn. *ad §. 8. de except.* qui est actionem & intentionem agentis vel ad tempus differre, vel totaliter tollere, §. 9. & 10. *j. d. t.* Et ab hoc exceptio dispescitur in dilatoriam ac temporalem: & peremtoriam ac perpetuam d. §. 8. Illis cum Bocer. *Cl.* 6. *disp.* 12. *th.* 62. Ludw. *d. exerc. th.* 2. *lit. d.* & Petro Gudel. *de Jur. noviss. lib.* 4. *c.* 7. *§. præterea.* accensemus etiam, quas Dd. modificativas, sive modificatorias condemnationis & executionis appellare solent, utpote, quæ minuunt summam condemnationis ad tempus, donec debitor ad meliorem pervenerit fortunam *l. ult. §. cum a.* 7. *C. de R. U. A.*

§. IX.

Dilatoriæ dicuntur, quæ rem in tempus differunt §. 10. *j. de except. l.* 2. *§. fin. ff. eod.* Et quia differunt, dilatoriæ, verzügliche, quia vero ad tempus hoc tantum faciunt, temporales appellantur. Vinn. ad d. §. 10.

§. X.

Peremtoriæ, zerstörliche, sunt, quæ actionem in perpetuum tollunt, adeoque agentem ab agendo plane & totaliter repellunt. §. 9. *j.* & *l.* 3. *ff. d. t.* Unde in *l.* 2. *C. de prec. imp. offer.* dicuntur totius negotii cognitionem tollere & vires principalis negotii exhaurire.

Digitized by Google

§. XI.

Perpetuitas hæc non tam ex adjuncto temporis, quo oriuntur & opponi possunt hæ exceptiones; Sed effectu earum æstimanda, quod allegatæ ac probatæ ita obstent, ut ne quidem posthac actio intentata nocere, aut exceptio temporis lapsu unquam evitari possit. *all. l. 3. ff. eod. l. 10. ff. d. V. S.* aliter sane atque in dilatoriis, quæ principale negotium non abolent, sed tantum vulnerant ac lædunt. Cuj. *in π. ff. de except. arg. l. ult. C. in quib. caus. restit. in int. necess. non est.* adeoque ad tempus tantum nocent, & sæpe evitari possunt. *d. l. 3. fin.*

§. XII.

Quemadmodum autem dilatoriæ non unius generis sunt; sed subdividuntur in dilatorias solutionis, quæ ipsam causam ac petitionem differunt §. 10 *j. de except.* ortumque trahunt ex ipsa re & causa, hoc est, ex natura contractus, vel etiam pacto dependent, & sæpe ipsi inhærent actioni. *Argentor. d. th. 4. vers. 2. Temporales. fol. m. 135. fine.* ut exceptio præjudicialis, pacti temporalis, excussionis &c. Vid. Corvin. *in Enchirid. Instit. de except. Q. Quæ exceptiones concernunt ipsam causam.* Ludw. *Exerc. 17. th. 2. lit. d.* Struv. *Exerc. 46. th. 6.* Et dilatorias judicii seu processus §. *fin. j. d. t.* quæ concernunt vel intrinseca judiciorum, videlicet personas constituentes & accessorias, judicem, actorem, reum, horumque procuratores, mandatarios. &c. & modum procedendi, vel extrinseca judicii & accidentia. Vid. Struv. *d. l. th. 5.*

§. XIII.

Ita & peremptoriarum genera variant. Schnob. *disp. ad π. 23. th. 4.* Harum enim aliæ dicuntur juris, quæ revera ac proprie sunt exceptiones supra §. 3. *fine*, definitæ. Struv. *l. all.* aliæ facti & intentionis, non quasi ex facto oriantur; sed quibus negatur actio esse, & quando actori opponitur, quod tantum de facto moveat actionem. Mej. *Coll. Arg. de except. th. 4. num. 5. & fol. 133.* Ubi notandum communiter, quamvis pro iisdem usurpetur exceptio intentionis & facti; tamen à quibusdam ita distingui, ut exceptio facti respectum habeat ad actionem nunquam competentem; exceptio intentionis vero ad actionem, quæ quidem competiit, jure tamen ipso sublata est. Bach. *ad Tr.*

Digitized by

Tr. V. 2. *D.* 26. *th.* 1. *C. post med.* Præses *in Colleg. ff. ad. Wesenb.* h. t. num. 2.

§. XIV.

Ulterius peremptoriæ quædam ex jure canonico & recepto fori usu. Bocer. *d. D.* 12. *n.* 80. *Cl. VI.* privilegiatæ appellantur, quæ scil. in primordio judicii oppositæ, ac probatæ in continenti, litis ingressum impediunt, jus actionis omnimodo tollentes, ita ut instaurari judicium amplius non possit tx. *in cap.* 1. *&* 2. *de lit. contest.* 6. Wesenb. *ff. n.* 7. & C. *n.* 4. *de except.* Struv. *d. exerc.* 46. *th.* 9. Ad quarum classem referri posse videtur defensio pro avertenda inquisitione, de qua Carpz. *Criminal. q.* 115.

§. XV.

Quot autem & quæ sint privilegiatarum titulo decoratæ, inter Dd. controversum est, aliis certum numerum, vel binarium: rei judicatæ ac transactionis, Bocer. *d. th.* 80. vel ternarium: addendo jurisjurandi. Vinn. *ad §. fin. j. de except. n.* 7. *per verba §.* 12. *l.* 1. *ff. ad Sctum. Tertyll. Judicata, transacta, finitave*: vel quaternarium, scil. & præscriptionis, *arg. verb. fin. d. §.* 12. *l.* 1. Tabor. *in Annot. ad Coll. Arg. d. th.* 4. *n.* 13. referentibus; aliis multo plures addentibus; aliis vero ad omnes omnino peremptorias, de quibus in continenti constat, hoc extendentibus. Bach. *ad Tr. V.* 2. *d.* 26. *th. fin. lit. c.* Berl. *p.* 1. *concl.* 18. *n.* 49. Struv. *Ex.* 46. *th.* 9. Coler. *de pr. Ex. p.* 4. *c.* 1. *& alibi.* Quorum sententiæ nostrum subtrahere calculum religio est, utpote communiori & à versatissimis jurium practicis non minus, quam in judiciis receptæ. Col. *ad cap. Cum venerabilis* 6. *de except.* quin imo ab ipsa Electorali Serenitate *in Ord. proc. tit.* von *Exception*en §. 11. Es müssen denn 2c. approbatæ, ubi non modo quatuor illis enumeratis, Rei judic. Jurisjur. Transact. & Præscript. verum omnibus aliis peremptoriis, per quas concluditur jus actori non competere, vis impeditiva processus & obtinendi absolutoriam à causa §. *seq.* Wann nun also 2c. expresse tribuitur, modo illico notoriæ fiant.

SECTI-

SECTIONIS PRIMÆ
CAPUT II.

Quæ jure antiquo circa Exceptionum oppositionem aliter atque hodie obtinuerint, extra controversiam delibans.

§. XVI.

PRæmuniti ita exceptionum divisionibus, quantum quidem ad nostram intentionem facit, paucula ex jure Romano & processu antiquo referre placet de Exceptionum allegatione. Ubi 1. dilatoriæ se sistunt, quas regulariter à principio judicii usque ad litem contestatam opponere licuisse probat *l. exceptionem* 19. *C. de probat. l.* 13. *C. de procur. tx. in l. pen. & ult. C. de except.* Col. *ad cap. Pastoralis* 4. *de except. n.* 4. Non vero post litis contestationem, quia quod potissime ad judicium constituendum facit, ejus post illud acceptum, vix ac ne vix quidem ratio habenda est. Perez. *Cod. de except. n.* 5. Ludw. *all. th.* 3. *lit. b.* Unde si Advocatus olim dilatoriam in litis exordio prætermissam, postea exercere vellet, quandoque unius libræ auri condemnatione multabatur. *tx. in l. si quis. antef. C. de except.*

§. XVII.

Exceptiones peremptoriæ pro diversitate actionum *ex* §. 28 *j. de action.* bonæ fidei vel stricti juris varie olim proponi solebant. In illis videl. post litem contestatam semper usque ad sententiam definitivam, & quidem una juridica unam, altera aliam, & sic deinceps. Boër. *decis.* 43. *n.* 10. *& seq.* Berlich. *d. c.* 18. *n.* 57. peremptoriales objicere licuit, quamvis in formula à prætore non expressas. Quoniam bonæ fidei judiciis exceptiones ipso jure inesse credebant. *tx. in L. sed etsi* 21. *ff. soluto matrim.* Unde judicem omnes omnino, etiam tum demum, postquam à prætore discessum esset, à reo oppositas, ex vi clausulæ bonæ fidei judiciis inseri solitæ: Ex bona fide: Quod æquius melius: attendere oportuisse, dubio caret. Bach. *Tr. de action. disp.* 6. *th.* 21. In strictis vero actionibus, ultra quod in judicium nominatim

minatim deductum, judicis officium ac potestas progredi nequibat. *tx. L. 18. ff. Comm. divid.* at in judicium nihil dicitur deductum, nisi de quo lis aperte contestata sit. *L. un. C. de lit. contest.* & quod prætor formulæ expresse indiderit: cui judex deinde præcise adstrictus erat. Bach. *d. th. 21. princ.* Quam sententiam confirmant verba *l. 9. C. de except. Habita contestatione:* Zang. *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 33. & non rejiciendam dicit Ummius *disp. ad processₛ.* 8. *th.* 9. *n.* 57. quoad illa tempora, quamdiu apud Romanos actiones à prætore certis inclusæ formulis, judici discutiendæ ac definiendæ committerentur.

§. XVIII.

Non tacendum, quod olim ex jure Codicis exceptiones peremtorias antea omissas in causa appellationis adhuc allegare fuerit permissum. *tx. in l. 6. §. 1.* C. *de appell. & in l. 4.* C. *de tempor. & reparat. appell.* Schneidew. *ad tit. j. de except. num.* 9. Wesenb. *eod. T. & num. Cod. circa finem.*

§. XIX.

Et cum præter enarrata, nihil fere notatu dignum incidat, quod hodierni mores, quantum quidem nobis constat, non approbaverint, transitum facimus ad oppositionem secundum jura hodierna Romano-Germanica, necnon Saxonica. Ubi quintuplex statim intuitus ac respectus mentem nostram ferit. Considerari enim potest oppositio exceptionum, vel 1.) ratione personarum opponentium, quæ sunt aut principales, aut minus, procuratores, tutores, curatores, fidejussores; Vel 2.) respectu causarum, in quibus allegantur, quæ sunt actiones criminales & civiles; Vel 3.) ratione ipsarum exceptionum, videlicet quas & quot unicuique opponere liceat; Vel 4.) respectu modi & temporis, quomodo ac quando inducendæ sint Exceptiones; Vel denique 5) ratione finis & effectus, seu qua intentione allegentur. Quoniam autem tres priores magis juris esse, duæ posteriores vero magis processum attingere videntur, rejectis illis in aliud commodius tempus, nostrum pensum absolvent hæ ultimæ. Sit itaque

SECTIONIS SECUNDÆ

CAPUT I.

Regulis aliquot ampliatis ac restrictis modum opponendi ostentans.

§. XX.

REgula I. Omnis exceptio regulariter alleganda. *l. siquidem* 11. *ibique Dd. C. de except.* Schnob. *disp. ad π.* 22. *th.* 10. Carpz. 11. *Resp.* 3. *n.* 2. Non enim judicis est, ea supplere, quæ in facto versantur. Præses *in d. Coll. Wesenb. de except. n.* 9.

§. XXI.

Ampliatur regula. 1.) Sive sit dilatoria, sive peremtoria, Zang. *d. tract. part.* 3. *c.* 26. *n.* 7. 2.) Etiamsi exceptio sit notoria, tamen allegari debet *l. cives* 11. *C. de Appell.* Ludw. *exerc.* 17. *th.* 3. *lit. a*, Carpz. *d. n.* 2. Struv. *exerc.* 46. *n.* 12. 3.) In omnibus omninò judiciis, criminalibus, civilibus, summariis ac ordinariis *per txx. & Dd. generalit.* 4.) Sive bonæ fidei sint, sive strictæ actiones. Berl. *part.* 1. *cap.* 18. *n.* 64. Carpz. *part.* 1. *const.* 3. *def.* 13. *n.* 3. quia hoc discrimen actionum moribus nostris plane incognitum est. Gudel. *de Jur. noviss. lib.* 3. *cap.* 13. *§. sed quid moribus.* Vinn. *ad §. fin.* 1. *de except. n.* 6. Extenditur hoc 5.) tam ad forum civile, quam Saxonicum. Etenim §. Es solle auch *n. Rec. Imp. de Anno* 1654. *& Ord. Proc. Saxon. tit.* 11. *§. fin.* generaliter loquuntur, nulla plane stricti juris ac bonæ fidei actionum separatione facta.

§. XXII.

Limitatur & fallit prædicta regula (1.) in civilibus, si exceptio oriatur ex ipso contractu, vel ex confessione partis, vel ex Actis judici de ea constet. Tunc enim supplere potest ac debet. *L. un. C. ut quæ desf. advoc. part. jud. suppl.* Wesenb. *π. Cod. de except. n.* 8. Zang. *d. c.* 26. *n.* 25. *& seqq.* Gail. 2. *obs.* 17. *n.* 2. Schnob. *d. disp. th.* 10. Id quod de præscriptionis exceptione in his regionibus expresse constitutum legimus *part.* 1. *const. elect.* 25. & Carpz. *ibid. d.* 1. *&* 2. (2.) in criminalibus, ubi quam maxime propter irreparabile præjudicium humani

ni sanguinis officio judicis incumbit, pro rei defensione laborare, & defectum supplere *tx. L. si non defendantur ff. de pœn.* Wesenb. *π. ff. de Accus. circa fin. n. 2. vers. Quin etiamsi &c.* Imo Dd. hoc adeo extendunt, ut accusato vel inquisito etiam non petente judex innocentiæ exceptionem supplere teneatur. *L. absentem 5. ff. de pœn. specul. tit. de Inquisition.* §. 1. *vers. sed nunquid.* Jacob Schultes *in Loc. comm. vocab. exceptio, n.* 16. Volckm. *Proc. crim. part. 3. cons. 25. n. 27.* Carpz. *Criminal. quæst.* 115. *n.* 13.

§. XXIII.

Quamvis autem Ummius *d. l. n.* 55. regulam illam videlicet judicem nequaquam attendere debere exceptionem non allegatam, ut maxime ex Actis notoriam, universalem, & de puncto juris veriorem dicat, tamen posteriorem limitationem æquiorem esse, vel ipse fateri cogitur, quam etiam utpote in foro receptam, calculo suo approbavit Præses *sæpe cit. Coll. Wesenb. n.* 9. Quo inclinare videtur Perez. *Cod. ut quæ des. advoc. n. ult. fin.* Et faciunt, quæ tradit Nicolai *Process. part.* 1. *cap.* 15. *n.* 7. Item Carpz. *p.* 1. *const.* 2. *def.* 11. *n.* 5. & 6.

XXIV.

Regula II. Omnis exceptio alleganda est ad Acta, Wesenb. *Cod. de except. n. 9. pr. per cap. Quoniam* 11. *verb. Exceptiones. de probat.* Zang. *all. cap.* 26. *n.* 1. *d. Recess. Imp.* §. Es solle auch hinfüro ꝛc. vel in scriptis, vel viva voce, pro judiciorum observantia & judicis arbitrio. Argentor. *de except. th.* 11. *n.* 8. *de R. J.* §. wäre es denn *verb.* in Schrifften oder mündlich ꝛc.

§. XXV.

Fallit posterioris Membri alternatio quoad forum Saxonicum, ubi omnia oretenus proponere oportet. *Const. El.* 1. & 9. *p.* 1. *utrobique.* Carpz. *d.* 1.

XXVI.

Ampliatur hæc fallentia in judicio criminali ordinario. Nam hic utrique parti semper & tantum viva voce agendum. Carpz. *d. l. d.* 6. *ex ratione l.* 38. *ff. de pact.*

§. XXVII.

Limitatur fallentia in civilibus. 1. Quando partes ipsæmet mutuis scriptis procedere conveniant. Carpz. *d. c.* 1. *def.* 5. 2. Vel ab ipso judice hoc impetraverint. Id. *d. c.* 9. *d.* 1. 3. Vel exceptio declinatoria fori notoria opponatur, quam in scriptis allegare sufficit. Carpz. *Proc. tit.* 9. *art.* 2. *n.* 8. 4. Limitatur quoad processum executivum, in quo hodie reus omnes exceptiones in scriptis allegare, & ad Acta mittere tenetur. *vid. infr.* §. 50. 5. Limitatur in exceptionibus tam contra personas & dicta testium, quas post publicationem attestationum mutuis scriptis proponere permittit. Proceß-Ordnung Tit. wie auf *publicirten* Beweiß verfahren werden soll. 29. §. Obwohl 1. quam contra documenta probatoria, si horum magnus numerus productus & gravis momenti causa vertatur. Proceß-Ordnung *d. t.* §. Wann aber 3. Carpz. *Proc. tit.* 15. *a.* 2. *n.* 28. & 29. Quæ ultima extenditur ad cuncta judicia ordinaria criminalia ac civilia. Id. *d. t. a.* 1. *n.* 15. 16. 17.

§. XXVIII.

Regula III. Omnis exceptio proponi debet specifice ac dilucide. Idem quippe jus actoris atque rei. *l. non debet actori.* 41. *ff. de R. J. Cap. non licet actori.* 32. *eod. in* 6. Et quamvis hoc non ita stricte intelligendum, ut à reo exceptio æque solenniter in scriptis, atque ab actore libellus, inferenda sit: Non tamen sufficit nude ac generaliter, & absque petitione excipere; Sed contra communem à Bart. *in l.* 1. *ff. de except. n.* 5. adductam, certi sumus cum Colero *ad cap. pastoralis* 4. *n.* 13. Clare, perspicue ac significanter, quin & necessario cum conclusione defensiones à reo proponendas esse. *Facit cap. dilectus* 29. *& cap. significant* 34. *de rescript.*

§. XXIX.

Ampliatur regula. Ut procedat tam in Imperio Romano-Germanico *Rec. Imp. de Anno* 1654. § Es solle auch hinfüro ꝛc. *verb.* kurtz, *nervose*, deutlich, auch unterschiedlich und klar, *item specifice. &c.* quam in provinciis Saxonicis Carpz. *lib.* 2. *Resp.* 1. *n.* 15. 16. 17. Extenditur: Ut etiam exceptio propter obscuritatem ac ineptitudinem pariter ac libellus, vitietur, Sichard. *ad l. un. C. De his qui*

potent.

petent. nom. &c. & obscure excipiens pro non excipiente habeatur, Rosb. *Proc. civ. tit. de except.* 39. *n.* 11.

§. XXX.

Limitanda videtur regula in processu criminali. Quemadmodum enim in hoc generalis petitio sufficit, nec ob generalitatem conclusionis vitiatur libellus. Wesenb. *π. ff. de accus. n.* 12. *post. med.* Carpz. *Criminal. q.* 106. *n.* 15. Ita defensionem innocentiæ sive expresse, specifice & cum circumstantiis ex quibus, objecta fuerit ab accusato, sive minus, semper admittendam esse, favor ejus suadet, ne videlicet innocens damnetur, contra *l.* 5. *pr. ff. de pœn.*

§. XXXI.

Quomodo autem & quibus formalibus quælibet exceptio in specie, vel plures conjunctim, legitime proponi possint, videantur Termineï, Nicolai, Fibigii, aliorumque pragmaticorum processus, & præprimis Coler. *in tit. Decretal. de except.* Ubi tam dilatoriarum, quam impeditivarum ac peremtoriarum formulas conscriptas reliquit. Optima vero magistra erit ipsa praxis atque experientia.

SECTIONIS SECUNDÆ
CAPUT II.
Tempus proponendi dilatorias monstrans.

§. XXXII.

REgula: Exceptiones dilatoriæ hodie regulariter in primo statim termino, & ante litem contestatam, sub pœna amissionis sunt inducendæ; tam de jure Imperii, *d. R. J.* §. Es solle auch rc. ibique Textor *Exercit. Academ.* 4. *th.* 34. quam de jure Saxonico, *Constit. El.* 3. *p.* 1. Proceß-Ordnung *tit.* 11. §. 1. *Resol. Saxon. noviss. Tit.* von *Justitien*-Sachen. §. 17.

§. XXXIII.

Ampliatur: 1. Et quidem omnes simul, *verb. expressa dd. ll.* Quod tamen iterum limitatur ratione declinatoriarum prægnantium ac notoria-

toriarum, quas seorsim & absque præjudicio aliarum exceptionum allegare licet. *d. R. J.* §. und hat der. Ibique Text. *d. l. th.* 40. 2. In omnibus omnino causis, ordinariis ac summariis, civilibus ac criminalibus *per txx. general.* Volckm. *Proc. crimin. part.* 1. *c.* 17. *n.* 7. §. 2. *& cap.* 19. *n.* 3. Excipe causas executivas, quarum novam praxin Electoralem Saxonicam vid. *infr. cap. ult.* §. 45. 3. Sive judicium, sive solutionem attingant dilatoriæ. Ludw. *d. Exerc.* 17. *th.* 3. *lit. b.* Struv. *Exerc.* 46. *th.* 7. Umm. *Proc.* Disp. 8. *th.* 9. *n.* 56. *post med.* 4. Ex Imperii constitutione: Licet reus conventus prorogationem impetraverit, nihilominus prima juridica omnes dilatorias inducere tenetur. *d. R. J.* §. wäre es denn, & all. Text. *th.* 37. *Ubi speciale hoc dicit.* Ampl. 5. Ut reus tardius, quam in termino primo plane non audiatur. *d. R. J. cit.* §. Es solle. *fine; vers.* unterlassen, ihme hernach der Weg solches zu thun benommen. Text. *th.* 35. *& seqq.* Berl. *p.* 1. *c.* 18. *n.* 11. Carpz. *Proc. T.* 9. *a.* 1. *n.* 24. *& seqq.* 6. Sive in primo comparuerit, sive penitus emanserit. *dd. ll.* Nam terminus exceptorius peremtorius ac strictus est. Umm. *d. th.* 9. *n.* 60 *med.* Quæ ampliatio tamen fallit in casu, quo utriusque litigatoris circumductione annullatus fuerit præfixus terminus. 7. Licet in primo termino protestatus fuerit de aliis dilatoriis opponendis, Coler. *ad cap. pastoralis* 4. *num.* 7. Ubi pro & contra allegans cum negativa recepta tandem transit. 8. Ut nec judicis interlocutum super præclusione necessarium sit. Text. *d. l. th.* 39. Quod enim Lex ipsa expresse disponit, super eo frustra desideratur hominis provisio.

§. XXXIV.

Limitatur ac fallit regula, ut effectus præclusivus reo non noceat. 1. Si ratio excipiendi post primum demum terminum exorta fuerit noviter, tam ordine rerum, quam ordine ad nos. *Cap. pastoralis* 4. Ibique Col. *n.* 8. *&* 9. Text. *d. Exerc.* 4. *th.* 35. *fine & disp.* 7. *th.* 54. Struv. *all. th.* 7. Carpz. *d. a.* 1. *n.* 38. Mej. *Coll. Argent. de except. n.* 11. *f. m.* 141. Quod ultimum tamen juramento excipientis probandum. *d. cap.* 4. Wesenb. *C. de except. n.* 10. *circa med. vs. nisi de novo emergentes.* Berl. *sæpe cit. c.* 18. *n.* 16. 2. Si exceptio ex causa successiva suos natales ducat; ut loci non tuti, inhonesti &c. quæ pro duratione gravaminis quandocunque proponi potest, etiam post litem

tem contestatam Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 3. Ludw. *d. th.* 3. *lit. b.* Zang. *part.* 2. *cap.* 5. *n.* 3. 3. Si reo convento legalis terminus exacte non concessus, vel libelli, aliorumque ab actore productorum documentorum copia non transmissa, vel aliud substantiale citationis neglectum fuerit. *d. R. J.* §. Es solle *vs.* wann nun der Kläger, & ibid. Text. *th.* 34. Berl. *d. l. n.* 23. 4. Si judex interloquendo reo exceptiones reservaverit; vel expresse ad dissolvendum *cap.* 4. de *desponsat. impub.* Umm. *d. th.* 9. *n.* 56. *except.* 4; vel tacite, pronunciando, daß er sich einlassen und antworten soll, non facta mentione litis contestandæ. Carpz. 11. *Resp.* 8. & *Decis. Elect.* 14. §. So lassen wir. 5. Si reus sententiam vel appellando, vel leuterando suspendat, & gravaminum loco dilatorias omissas alleget ac deducat. Berl. *d. c.* 18. *n.* 12. Carpz. *Proc. d. a.* 1. *n.* 35. & *seq.* 6. Si condemnatus ad legitima impedimenta eadem docuerit. Carpz. *d. l. n.* 52. & *seqq.* 7. Si libellus propter ineptitudinem rejectus à judice. Tunc enim alio proposito etiam dilatoriæ admittuntur. Id. *p.* 1. *c.* 3. *d.* 21. 8. Fallit in tertio interveniente, qui etiam post litem contestatam omnes dilatorias opponere privilegiatus est. Mej. *Coll. Argent. de except. n.* 6. *f.* 141. Gail. 1. *Obs.* 71. *n.* 8. Zang. *part.* 2. *cap.* 22. *n.* 12. 9. Si minor ex omissione dilatoriæ magni momenti in integrum restituatur. Hartm. Pistor. *Obs.* 208. *per tot.* Berl. *d. l. n.* 18. 10. Quoties effectum processus annullativum habent. Tunc enim semper recte allegantur. *arg. l.* 24. *ff. de procur.* Marant. *de ord. judic. de except. n.* 9. & *seq.* Bach. *ad Tr. vol.* 2. *d.* 26. *th.* 7. E. F. G. & *H. post princip.* & *vers. Ut ad rem redeamus.* Carpz. *Proc. d. a.* 1. *T.* 9. *n.* 39. Ampliatur hæc limitatio, ut post tres conformes quoque nullitas valide objiciatur. Covarruv. *Q. q. practicab.* 25. Bach. *d. l. vs. Idque adeo.* Zang. *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 68. si nempe ex Actis sit notoria & in continenti docibilis. Bart. *in L. si se* 4. §. 6. *n.* 3. & 4. *ff. de Re jud. per l.* 2. *C. ad l. Cornel. de fals.* alias non attenditur. 11. Fallit in dilatoriis anomalis, quæ ante & post litis contestationem, quin & in executione cum effectu opponuntur. Ut Exc. excussionis, divis. cedend. action. &c.

XXXV.

Et hæ sunt limitationes in foro frequentiores, cæteras rariores & mi-

& minus obvias. Videsis apud Zang. *d. c.* 21. Umm. *d. n.* 46. Calvöl. *in pract aur.* §. *Exceptiones contra libellum. concl.* 1. *per tot.*

§. XXXVI.

Sed quid si forte reus statim prima positione ad punctum principalem respondeat, & in eodem primo termino duplicando inferre tentaret dilatorias? Elumbes omnino ac non attendendas dicit Zanger. *d. l. n.* 4. Cum præposterum ac ineptum admodum sit judicio jam accepto, de ejus constitutione quærere. Cujac. *lib.* 18. *obs.* 34. Nos his conquiescentes dilatoriarum oppositionem finimus seqq. qq. I. An allegatio alius dilatoriæ, declinatoriæ fori, præjudicium faciat? In qua definienda ancipitia admodum Dd. cerebra offendimus, & contentionis serram hinc inde strenue reciprocantia. Negantibus id acerrimo & subtilissimo jurium disputatore Bachovio *ad Tr. V.* 2. *D.* 12. *th. ult. lit. a. & de Action. disp.* 1. *th.* 38. *col.* 14. Mej. *Coll. Arg. de jurisd. th.* 40. *&* aliis; Affirmantibus contra Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 11. Umm. *proc. D.* 8. *th.* 2. *n.* 7. Schneidew. *j. de Exc. n.* 9. Perez. *Cod. eod. n.* 4. Rittershus. *in expos. novell. p.* 9. *c.* 6. *n.* 106. Zang. *p.* 2. *c.* 1. *n.* 3. & Carpz. *proc. tit.* 9. *a.* 2. *n.* 7. *propter tx. in l. Sed etsi suscepit.* 52. *pr. ff. de Judic. L. exceptionem.* 19. *ibique Gl. C. de probat.* Sed his ob jura alleg. & praxeos autoritatem magis credimus, quam illis.

II. Quo ordine dilatoriæ plures allegandæ? Cui maximam partem ex priori satisfieri autumo. Nam nullo inde negotio colligere est, prudentis ac fidelis Advocati officium esse, pro legali dexteritate sua selectum exceptionum habere, & primo omnium declinatoriam fori vel recusatoriam judicis, & his similes, inducere, deinde illas semper, quæ cæteris nullum adferunt præjudicium, adversario tamen magis nocent, adeoque judicium impedientes, & sic deinceps reliquas anteferre ac subnectere.

SECTIONIS SECUNDÆ
CAPUT III.
Fatale opponendarum peremptoriarum observans.

§. XXXVII.

Hic tanquam notum præsupponimus, exceptiones peremptorias dupliciter opponi solere: vel (1) deducendo illas in judicium ad repellendam actoris petitionem, idque vel in principio litis pro intentione ejus plane excludenda *supra* §. 14. vel post litem contestatam, ad tuendum sese contra actoris probationes. Carpz. 11. *Resp.* 3. *num.* 1. (2.) impugnando iisdem executionem in ipso exequendi actu. *d. l. num.* 3.

§. XXXVIII.

De priori oppositione firma stat regula: Omnis exceptio peremptoria non nisi post litem contestatam allegari debet *L.* 8. *L.* 9. *C. de except.* Col. *ad cap. cum venerabilis.* 6. *n.* 62. Pr. Ordn. *T. XI.* §. Was aber 8. *verb.* erst nach der Kriegs-Befestigung. Carpz. *p.* 1. *c.* 3. *d.* 14. & *decis.* 229. *n.* 13. & præpostere agere dicitur, qui prius eam opponit. *d. c.* ibique Col. *n.* 62. cum enim merita causæ concernant, non nisi post judicium acceptum eas tractare convenit. Gail. 1. *Obs.* 47. *n.* 13. & *Obs.* 119. *n.* 9.

§. XXXIX.

Ampliatur regula: 1. Quin ipsi statim litis contestationi seu responsioni principali subnectendæ, vel immiscendæ, tam de jure Imperii, per *R. J. Spirens. de anno* 1570. §. Demnach sollen die gewöhnliche Termine 89. *post med.* & *de anno* 1654. §. Es solle &c. quam Saxonico *Const. El.* 3. *p.* 1. Pr. Ordn. *d. t.* §. *fin.* Carpz. *d. n.* 13. 2. Omnes simul ac semel sub pœna præclusi *d.* §. Es solle. *vers.* alles auf einmahl. Text. *Disp. ad eund. IV. th.* 35. 3. Ut omissæ in litis contestatione nec in reprobatoriis cum effectu deduci possint. Donell. *in L. siquidem* 9. *C. de except. n.* 2. & 6. Duar. *ad d. t. ff. post med. vers. quod facere non posse videtur.* Zang. *part.* 3. *cap.* 26. *n.* 30. *vers. quod si exceptio.* Quia terminus exceptorius est exclusivus, & quod per contestationem non inducitur, circa id officium judicis non occupatur. *L.* 18. *ff. Comm. divid.* Pr. Ordn. *tit.* 21. Da auch Beklagte. 4. In omni-

omnibus omnino judiciis civilibus, ordinariis ac summariis. 5. Ut in causis mandatorum reum præcise & præclusive suas exceptiones contra mandatum in primo termino inferre jubet. *Rec. Imp. de anno* 1654. Belangend & §. Nechst diesem: Item §. in den *Mandatis*. Text. *disp. ad d. R. VII. th.* 49. Ita observantia nostrarum curiarum provincialium testatur reo inhibito idem in proximo (sæpe non Saxonico) termino injunctum esse. Carpz. *Proc. tit.* 23. *a.* 4. *n.* 10. & 26. & *de Inhibit. cap.* 5. *th.* 45. *n.* 30. & 36.

§. XL.

Limitatur regula: Primo quoad peremptorias privilegiatas. 1. Quoties enim peremptoriæ cum effectu impeditivo opponuntur, toties ante litem contestatam vel responsionem ad negotium principale allegari possunt ac debent. Wesenb. *π. ff. de except. n.* 7. *circa med.* Carpz. *p.* 1. *c.* 3. *d.* 15. *n.* 2. & *proc. T.* 9. *a.* 7. *n.* 25. & *arg. d.* §. Es solle *R. J.* Ampliatur limitatio hæc, ut omnes impeditivæ conjunctim opponantur in primo termino præclusive, *d. R. J.* §. Wäre es denn. Ibique Text. *th.* 35. *Resol. gravam. Saxon. tit.* von *Justitien*-Sachen §. 18. Extenditur porro ex R. J. Licet termini prorogatio decreta fuerit. Text. *th.* 37. 2. In defensione pro avertenda inquisitione, ita ut inquisitus cum illa ante responsionem ad articulos inquisitionales audiendus sit. Demonstrante Carpz. *Criminal. q.* 115. *n.* 24.

§. XLI.

Quæstionis forte esset: Num in casu, ubi reo nova obveniat peremptoria in continenti liquidabilis, vel objectæ quidem ante, sed ob defectum præsentis probationis à judice repulsæ, probatio succurrat, eam pro impediento ulteriori processu allegari, & judex cæptum judicium absolutoria interrumpere valeat? Videtur affirmandum per ea quæ ex Castrensi *in L. ait prætor 7. pr. de jurej.* tradit Bach. *ad Tr. V.* 2. *D.* 26. *th.* 8. *C.* & *D.* Et sæpe fit, ut judicio jam constituto à partibus transigatur, ubi iniquum sane esset, si actori concederetur reum continuatione processus defatigare.

§. LXII.

Limitatur secundo quoad peremptorias simplices & proprie dictas

ctas, vel 1. noviter obortas, vel 2. antea ignoratas per jura supra §. 34. limitation. 3. alleg. Berl. p. 1. c. 18. n. 65. & concl. 39. n. 21. Vel 3. etiam ante quidem impeditive inductas, propter irrelevantiam vero à judice post lit. contest. rejectas, quarum repetitione in litis contestatione supersedere, ac nihilominus reprobando deducere potest reus. Berl. d. c. 39. n. 20. Quod tamen ita procedere putamus, si litem contestans earum mentionem per modum relationis fecerit. Vel 4. denique processum retro annullantes. *supra* §. 34. *limit*. 10.

§. XLIII.

Limitatur tertio in causis executivis. *vid. cap. seq.* & quarto in processu criminali ob sanguinis innocentis periculum, tam ordinario, in quo sufficit, si accusatus in responsione & litis contestatione tantum protestando defensionales suas justo loco & tempore proponendas reservet. Petr. Theod. *Coll. crimin. D. XI. & ult. th. 6. lit. c. paulo post princip.* Carpz. *crimin. q.* 33. *n.* 6. quam inquisitorio, ubi reus seu inquisitus suas exceptiones post responsionem semper allegare valet. Carpz. *ibid. quæst.* 115. *n.* 21. Ampliatur in utroque quoad innocentiæ defensionem, quæ non solum ante sententiam semper, sed & post unam atque alteram condemnationem deduci potest. Berlich. p. 4. c. 14. n. 36. & *seqq.* Jacob. Schult. *Loc. comm. vocab. Exceptio. n.* 16. *tx. in L. unius* 18. §. *cogniturum* 9. *ff. de Qq. Add. L.* 2. §. 1. *ff. de custod. & exhib. reor. L.* 19. *ff. de pœn.* Carpz. *d. n.* 21. & *q.* 33. *n.* 14.

§. XLIV.

Alter oppositionis modus, impugnandi videl. executionem, restat. Jura & observantia nos edocent, quod sententiæ, quæ in rem judicatam transiit, executionem consequendi duplex victori sit prodita via, ordinaria ac summaria. Illa actio judicati, hæc imploratio officii judicis nobilis. Rosb. *proc. civ. Tit.* 79. *ult. n.* 13. Gail. 1. *Obs.* 113. n. 9. Mindan. *de Mandat. cap.* 58. *membr.* 2. *pr.* Col. *de pr. Ex. p.* 3. c. 9 n. 6. *per l. Miles* 5. §. *judicati ff. de Re judic.* Sed simplex ac stolidus esset dicendus, qui relicto compendio, ordinarium, multis sæpe sumtuosis ac annosis intricatum ambagibus ingrederetur. Hinc cum posterius magis frequens, ac tutius omnino sit, executionem per implorationem judicis summatim ac sine solenni tela petere Cyn.

T 2 *in l.* 5.

in l. 5. n. 2. vs. si a. eligitur &c. C. quor. appell. non recip. aliis quoque plurimis casibus non minus, ac in re judicata parata sedem inveniat executio, quibus omnibus tamen non raro magnæ per exceptiones injiciuntur remoræ, & circa has, præsertim ex Constitut. Elect. Saxon. novissimis multa specialia obtineant, ideo in peculiari capite istos modos, quantum ad propositum, examinantes, finem imponemus nostro labori. Sequitur ergo

SECTIONIS SECUNDÆ
CAPUT IV.
Oppositionem Exceptionum in executione admissibilium tractans.

§. XLV.

QUoniam summa inter rem judicatam ac cæteros modos executivos intercedit paritas, hic conjungimus. Nam hodie omnis creditor, sive rem judicatam, sive confessionem debitoris, vel instrumenta guarentigiata aut alia liquida ac recognita præ se habeat, paratam statim consequi potest executionem. Berl. *p.* 1. *c.* 79. *n.* 4. *&c.* 80. *n.* 1. Illud hic moveri solet: An jure civili absque intentato processu, & ante finitam actionem ordinariam executio admitti debeat; Et licet negantium agmen ajentes longe & ita superare dicat Carpz. *Proc. T.* 22. *a.* 1. *n.* 1. ut non nisi, qui communi interpretum juris civilis voto contradicere præsumserit, hisce associare sese queat: Tamen Mindan. *lib.* 2. *de Mand. cap.* 70. non ab omni parte tutum id relinquere mihi videtur. Nos potius ab hac controversia, tanquam otiosa, mentem ac manum abstrahimus, contenti observantia & consuetudine totius Germaniæ communi, de qua uterque dissentiens Carpz. *d. l. n.* 13. *& decis.* 125. *n.* 6. Mindan. *d. l. præprimis membr.* 7. *&* 8. Coler. *de Pr. Ex. p.* 2. *n.* 3. *& seqq.* testantur. Quod hodie ubique fere locorum, specialiter in terris Saxonicis, præsertim Electoralibus, privata pariter ac publica instrumenta, si liquida ac indubitata sint, h. e. quorum aspectus statim notorium facit, quid, quantum & qua ex

cau-

causa debeatur, ita ut aliis probationibus opus esse non videatur, facta recognitione, extemplo absque alio processu æque ac judicata executioni mandentur.

§. XLVI.

Contra hanc vero reus iterum exceptionibus munire se valet, earumque vel dilatoriarum, quæ executori ipsi, vel executionem petentibus, objici solent. Zang. *p.* 3. *c.* 26. *n.* 72. Berl. *p.* 1. *c.* 83. *n.* 6. 7. 8. 9. vel peremptoriarum, ratione rei judicatæ non quidem omnium indiscriminatim; Sed quæ vel antea in judicium non deductæ. Carpz. *lib.* 2. *Resp.* 3. vel plene in eo non discussæ. Boër. *decis.* 43. *n.* 4. Berl. *d. c.* 84. *n.* 95. Vel non ipsam sententiam antea latam directo impugnant. Berl. *d. c.* 79. *n.* 47. Bach. *ad Tr. V.* 2. *D.* 26. *th.* 7. *E. F. G. H. circa med.* Sed executionem vel temperant & modificant Wesenb. *n. ff. de except. n.* 10. *fine.* Schneidevv. *ad* §. 36. *j. de act. n.* 12. *& de Exc. n.* 9. & actioni intentatæ contradicunt. Gail 2 *Obs.* 17. *n.* 9. *&* 10. modo in continenti integre ac plene demonstrari possint. Carpz. *d. l. Resp.* 6. Boer. *decis.* 265. *Incip. Et primo præsuppono. n.* 7. *med.* Col. *d. Pr. Ex. p.* 4. *c.* 1. *n.* 163. 166. *ac multis aliis locis.*

§. XLVII.

Sed ultra limites progressum pedem retrahimus ad temporis adjunctum, quo ejusmodi exceptiones opponi convenit, in quo cum ab Imperii & fori Saxonici communis observantia constitutiones ac resolutiones Electorales novissimas divertisse deprehendamus, non una hic regula opus fuerit. Prius autem quærere animus postulat, an in processu Summario Executivo peremptoriæ incontinenti liquidæ, à recognitione pariter, ac in ordinario à litis contestatione, reum conventum liberare possint? Et quin affirmemus, nihil impedimenti videmus, quod obstet; Sed potius adjumentum habemus ex rationis identitate, quæ casus pares quoad juris dispositionem conjungit. *L.* 32. *ff. ad l. Aquil. l.* 108. *ff. d. V. O. l.* 9. §. 2. *ff. de Edend l.* 7. *C. de revoc. donat.*

§. XLVIII.

De jure Imperii & communi est regula: Exceptiones contra executionem admissibiles intra terminum executioni præfixum præclusi-

 ve

ve sunt inferendæ. *Rec. I. de anno* 1654. §. damit auch die ausgesprochene Urthel, *&* §. *seq.* In welchem Termin. Ibique Text. *Disp. VII. th.* 64. Berl. *p.* 1. *c.* 81. *n.* 11. *&* *c.* 84. *n.* 85. *fine.* Id quod tamen extensive intelligendum, ut in ipso actu executionis admittantur. Carpz. *lib.* 11. *resp.* 45. *n.* 7. *& decis.* 151. *n.* 7. Text. *d. D. th.* 49.

XLIX.

Limitatur autem, si forte executandus ante termini adventum ejusdem prorogationem impetraverit. Quo casu, quoniam prorogatio non facit actum novum, sed unus idemque est cum prorogato. Tiber. Decian. *Consil.* 11. *n.* 32. Carpz. *decis.* 62. *n.* 15. adhuc allegari possunt exceptiones. *arg.* §. Es wäre denn *d. R. I.* ibique Text. *th.* 49. *princ.*

§. L.

De jure vero Electorali Saxonico sequens hodie observanda est regula. Debitor executandus & executive conventus intra primum terminum, & quidem præcise tres septimanas à die factæ insinuationis vel præcepti executivi, vel citationis ad recognoscendum, suas exceptiones sub præjudicio præclusi, in scriptis judici transmittere tenetur. *Resol. gravam. noviss. Tit.* von Justitien-Sachen §. 2. *&* 3. *& Decis. Elect.* 2.

§. LI.

Ampliatur regula: 1. Easque tam dilatorias, quam peremptorias. Eadem quippe in utrisque militat ratio. Si modo antea exstiterint & rei notitiam non effugerint. 2. Sive debitum ex re judicata, sive ex alio instrumento liquido & exequibili dependeat *dd. alleg.* 3. Nec præscripto fatali neglecto in executionis actu, licet ex ipso contractus instrumento, & actis notoriis exceptionibus reus ulterius audiendus. *dd.* §. 3. *fine.* 4. Sive deinde in termino comparuerit, sive plane emanserit, & hoc passu documenta in contumaciam pro recognitis judicata fuerint. Nam in his casibus contumaciæ pœna privatio exceptionum est. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 9. *n.* 18. *&* 19. *& resp.* 51. *n.* 25.

§. LII.

Limitatur ac fallit regula: 1. In exceptione solutionis ac compensa-

Digitized by Google

pensationis liquidæ. *d.* §. *& decis.* 2. In exceptionibus à judice ipso supplendis v. g. præscriptionis, quam judex in executivis etiam non oppositam attendere debet. Cum neque par neque æquum sit, aliquem condemnare ad id, quod temporis diuturnitas jure approbata sustulit. 3. Limit. Si reus conventus dilationem impetraverit ad opponendas exceptiones. *d. resol.* 3. *vs.* hernach aber. 4. Si forma procedendi *resol.* 3. *decis.* 2. præscripta præcise ab actore vel judice non fuerit observata. v. g. Literas petitorias pro citando ad recognoscendum debitore, vel copias documentorum obligatoriorum, vel etiam liquidationes prætensionis actor judici non obtulerit, vel hic reo convento non omnium productorum copias transmiserit, vel terminum Saxonicum plenum à die insinuatæ citationis non concesserit &c. quibus casibus reus fatali trium hebdomadum non adstrictus; Sed omnes omnino exceptiones alias admissibiles inducere potest. Solennitate enim non observata totus corruit actus. *l.* 8. §. 17. Ibique Bart. *n.* 1. *ff. de Transact.* Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 36. Et ita Serenissimus Noster Term. Trinit. 1667. in casu non concessi integri spatii Saxonici judicavit, reum cum suis exceptionibus non esse præcludendum. 5. Nec in processu mixto (vid. Carpz. *p.* 1. *c.* 10. *& lib.* 3. *Resp.* 31. *n.* 24. *& seq.*) reus exceptiones intra tres hebdomades non allegatas perdit. Quippe LL. correctoriæ novæ de casibus tantum expressis intelligendæ. Berlich. *part.* 1. *conclus.* 53. *n.* 60. *vers. Leges autem correctoriæ. ibique alleg.*

Dissertatio de Remediis causa vulnerata propter amissas in Processu Exceptiones, Præside SAMUELE STRYKIO *J. C. &c. in Academia Regia Fridericiana die 17. Jan. MDCCV. pro Licentia disputavit* ANDREAS WAGNER, *Sladebacens. Misn.*

SUMMARIA.

1. *Introitus. Remedia causarum vulneratarum colligenda, præsertim pro reis post amissas exceptiones. Ratio denominationis.*
2. *Exceptionibus sua statuta sunt fatalia & merito.*

3. *Amis-*

3. *Amissam etiam exceptionem Actor attendere debet in foro conscientiæ.*
4. *Processuum solennitates nimiæ nocivæ.*
5. *Amittit reus exceptiones variis modis.*
6. *Remedia missarum exceptionum sunt vel communia vel specialia.*
7. *Remedia communia dantur reo (1) ex privilegio ætatis. Minori non currunt fatalia, licet & tutorem & procuratorem habeat. Præjudicium. Non minor opus habet petere restitutionem contra lapsum fatalium. Objectio C. P. Elect. Sax. Sect. 25. §.* Und dieweil. *Cautela.*
8. *(2) Ex capite restitutionis vario.*
9. *Cautela. Præjudicium.*
10. *Quanto tempore petenda restitutio? Quantum tempus restituendum sit? An quadriennium petendæ restitutionis prosit etiam contra lapsum fatalis aut alius temporis brevioris? Affirmatur de ecclesia. Negatur de reliquis. Recessus Imperii de Anno 1600. §. 93. An fatale Recessus Imperii currat scientibus?*
11. *Restitutio an iterato peti possit? Præjudicium.*
12. *Restitutio quatenus remedeatur damno Procuratoris vel Advocati culpæ dato.*
13. *Remedium (3) ex consortio personæ privilegiatæ. Præjudicium.*
14. *Consors consorti prodest non nisi in causa individua. Non est individua omnis causa probationum. Quæ causa dividua, quæ individua? Regula.*
15. *Nec omnis causa præscriptionum est individua, nec omnis servitus. Cautela.*
16. *Remedium commune (4) ex capite nullitatis. Cautela.*
17. *Præjudicium. Publicatio sententiæ nulla est sine prævia citatione.*
18. *Præjudicium ab illegitimato gestum, nullum est. E duobus Procuratoribus in solidum constitutis alter tractare causam nequit, quam alter occupavit prius.*
19. *Remedia specialia. Exceptiones dilatoriæ omissæ quomodo salvandæ sint? Decis. Elect. Sax. 14. Cautela.*
20. *Exceptiones peremptoriæ quomodo salventur? Reo nullum currit fatale, priusquam satisfactum fuerit dilatoriis. Cautela.*
21. *Præjudicium in casu satisdationis ante omnia injunctæ.*
22. *Nec actori currit fatale, priusquam ipse satisfecerit dilatoriis. Præjudicium. Cautela.*

23. Per-

23. *Perditur exceptio peremptoria non subnexa Lit. Cont. An salvæ tamen semper sunt exceptiones facti. Præjudicium.*
24. *An reus juramentum oblatum non præstans ad exceptiones admittendus? Præjudicia. Cautela.*
25. *Exceptione non competentis actio L. C. subnexa, quæ exceptiones salvæ sunt?*
26. *In processu executivo etiam ante terminum non edita adhuc admittenda exceptio solutionis & compensationis.*
27. *Post fatale adhuc admittenda exceptio noviter enata vel etiam cognita. Præjudicium. Salvæ & erunt exceptiones gravamen successivum habentes.*
28. *Non restituuntur omissæ exceptiones in appellationis instantia.* **Exceptiones** *post rem judicatam adhuc audiendæ sunt, omissa Cautela.*
29. *Exceptio amissa in processu quatenus per modum actionis repeti possit? Exceptio spolii per modum actionis semper intentari potest. Exceptio per modum actionis quomodo resuscitari possit? Omissa, rejecta, deserta Cautela.*
30. *Exceptio l. Sax. per modum actionis resuscitari nequit, nisi priori actione connexa finita.*
31. *Exceptio de l. Sax. per modum reconventionis repeti potest.* **Cautela.**
32. *Exceptio amissa per principem quatenus restituenda.*
33. *Denunciatio evangelica in casu perditarum exceptionum.*

§. I.

M*Elius equidem omnino est, intacta jura servari, quam post causam vulneratam remedium quærere. L. fin. C. in quib. causis in int. rest. necess. non est.* Quemadmodum vero in civitate nunquam non sunt morbi, sunt vulnera, quibus curandis ad manus habendus est prudens Medicus: Ita sæpe numero causæ in forum deductæ vel deducendæ culpa imprudentis vel partis vel Advocati, vel dolo etiam adversarii, nunc omittendo, nunc committendo accidere aliquid solet, quo ista sic sauciatur, ut de salute ejus spem antea conceptam deponere oporteat infelicem partem, aut Actoris aut Rei vices sustinentem, nisi sit Patronus prudentior, qui tempestiva medela lapsa erigat, fatigata reparet *l. 14. C. de Advoc. div. jud.* Forsan igitur actum actu-

acturus non esset, qui colligeret ex jure Remedia Causarum vulneratarum, eaque in certas classes & titulos digereret, ut Advocati in numerato & in quodam publico quasi pharmacopolio uno conspectu statim haberent pharmaca, quibus subveniant & parti periclitanti & sibi, ad interesse causæ perditæ procul dubio obligatis, si sua aut inscitia, aut negligentia id causati fuerint. Prout & Classes actionum sub titulo progymnasmatum & syllogen exceptionum forensium, & Actori & Reo consulentium, insigni JCtorum commodo, jamdudum adornavit Joh. Oldendorpius. Talem instructuri apothecam, curiose congessere Compilatores Pandectarum materiam restitutionis in libro IV. vid. *L. 1. ff. de in int. rest.* Præ reliquis vero indignum videbatur, omni remedio destitui Reum, qui exceptionem sibi de jure omnino competentem ideo perdiderat, quod vel debito tempore eam opponere neglexerat, vel oppositam iterum deserverat; condemnandus idcirco nunc in id, à quo de jure absolvi debebat, fata quasi expertus eorum, quibus vulnere violento moriundum est, sano alias undiquaque corpore. Mihi igitur thema meditanti Disputationis Inauguralis in animum venit, congerere remedia, quibus in Praxi Juris quam hactenus exercui, consultum esse memini Reis de salute causæ bonæ propter amissas in processu exceptiones, periclitantibus. Titulum dedi, phraseologia ductus supra laudatæ *L. fin. C. in quib. caus. rest. in int. nec non est.* Cæterum utilitas hujus tituli, quæ verba sunt *cit. l. 1. ff. de in int. rest.* non eget commendatione, ipsa enim se ostendit. Nam sub hoc titulo hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenitur, si inciderunt in captionem. Festinatus labor est, quod fieri urgebat reliqua conditionis meæ ratio; nec diffiteor, me hunc solitum esse damnare in aliis. Mater quippe virtutum est discretio, noverca semper justitiæ præcipitatio. *Clement. Pastoralis 2. de sent. & re judic.* Curas tamen forte etiam posteriores, quibus opus erit, ut communicem, imposterum erit occasio.

§. II.

Dum de amissione exceptionis ejusque remediis loquimur, in eum saltem casum intendimus, ubi Reo post motum processum lapsu temporis sua periit exceptio. Huic enim deducendæ, non minus quam actionibus, in jure sua statuta sunt fatalia, quæ si neglexerit Reus,

ut, jure suo cadit. Et merito quidem; Cum enim Sacratissimis Legum latoribus iniquum videretur, Reorum, excipiendo sæpius non nisi perpetuas vexas & moras quæritantium malitiis laxato freno indulgere, lege generali, bono publico utriusque consulturi, exceptionibus & proponendis & probandis statuti temporis spatium dandum esse prudenter censuerunt, quod & Reis sufficeret ad inquirendas res suas, ne jure suo maturius defraudentur, §. 1. *Instit. de usuc. & long. temp. præsc. l. 1. ff. de usurp. & usucap.* & Actores juvaret, ne scilicet suarum rerum diu & fere semper incertum sit jus, *dicta l. 1.* & ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, §. *un. Inst. de Lit. Oblig.* Quod si igitur evenerit, ut perdita exceptione indebite quem solvere oporteat, non juris dispositioni, sed suæ id imputet vel negligentiæ vel contumaciæ, cujus merito pœnam luat.

§. III.

Nasutis de plebe hæc scribimus, qui injustitiæ, nescio cujus, insimulare sueverunt jura nostra, quoties rigore ejus perire alicui jus suum attendunt; ubi cogitare debebant, eam esse cujusvis legis generalis, etiam æquissimam naturam, ut non possit non in casu specialissimo quandoque æquo rigidior videri. Neutiquam tamen: hoc ipso in foro conscientiæ exculpatum volumus morosum Actorem, qui peccat omnino & contra conscientiam & contra officium boni viri, dum exigit à Reo id, quod sciebat sibi amplius revera non deberi, quod nec petere juste poterat. Nec est quod prætendat juris stricti, quo fruitur, assistentiam. Leges enim ipsæ semper non solum, quid permissu juris liceat, considerandum esse, sed & quid honestum sit, inculcant, *l.* 197. *ff. de R. J.* quo de pluribus infra.

§. IV.

Nec & iis erimus contrarii, qui optare solent, ut tot solennitates processus nostri circa fatalia, ut in reliquis ita & in opponendis exceptionibus, observandæ lege publica eo tandem redigi possent, ut audere liceat plebejo civi, absque Advocato in forum prodire; Dolendum enim omnino est, eo devenisse praxin nostram, ut in causa etiam minima ingenti partis sumtu adhibendus nunc veniat Advocatus, non ut causam tractet, sed ut formalia processus observet, exinde multo

sæpe pretiosiora, quam res processu quæsita. Quasi vero is unus esset imprudentiæ finis, ut aleretur inde Advocatorum numerus. Quæ causa collapsi in tantas subtilitates processus, & an adscribendum aliquid sit nimiæ tenacitati quorundam Antistitum in retinendis & mordicus defendendis principiis singulis veteris *juris Saxonici*, cum forte non hæc, sed æquitas potius & salus publica & norma & scopus processus dirigendi esse debeant, aliis dijudicandum relinquimus. Abusum hunc justitiæ, uti ante sæpius, ita nuperrime etiam, in Comitiis Provincialibus Dresdæ habitis, emendatum gnaviter voluere Serenissimus Princeps & Status Provinciales. Nobis & in hoc puncto non potuit non placere JCtus Doctissimus Joh. Schilterus *Prax. Jur. Rom. Exerc. VII. th.* 39. 40. late præscribens & commendans judicibus cognitiones inter partes litigantes summarias, absque ullo Advocato expediendas, ita, ut parti utrique à judice ipso exponantur jura sibi observanda, ad modum interrogationum in jure olim faciendarum. Quale consilium etiam amplexos, latiusque prosecutos esse *novi* Status Provinciales, in supra dictis Comitiis super nova ordinatione processus consultantes. Qui fœtus JCtorum Illustrissimorum, ut auspiciis Potentissimi Saxonis lucem propediem videat, serio optamus.

§. V.

Amittet ergo exceptionem suam Reus, vel eam *tempestive non urgendo*: si scilicet in processu executivo Electoratus Saxonici, exceptiones ante terminum recognitionis una cum probatione liquida Reus non ediderit; in processu ordinario, si dilatorias ante litis contestationem non opposuerit, peremptorias litis contestationi ipsi non annexuerit; vel *oppositam exceptionem deserendo*, quod fiet, si Reus probationem ejus neglexerit.

§. VI.

Quod si ergo cliens de amissis exceptionibus periclitatus, causæ vulneratæ consilium petat, Advocatus non statim omnem despondeat animum, sed Actis prioribus cum cura perlectis, clientulo de singulis causæ circumstantiis studiose examinato, quod sæpe negligunt Advocati minus cauti, singula inter meditandum subnata dubiola probe notet. Sæpe enim plures ratiunculæ in idem conspirantes movere judicem

tem solent, quod una non fecisset. Quod ii bene norunt, quibus datum fuit relationibus Actorum interesse. Remedia, quæ obvenire poterunt, erunt vel communia contra omnes præscriptiones & læsiones utilia; vel specialia, quæ solis medentur erroribus circa exceptiones commissis. De singulis seorsim agemus, si hoc præmonuerimus, in communibus remediis pertractandis instituti nostri rationem non pati, ut omnes eas materias ex integro huc repetamus, ubi in themate speciali elaborando versamur. Sed nobis sufficiet, unum alterumque dubium cautelamve huc quadrantem in praxi hactenus observatam, annotasse.

§. VII.

Dabitur ergo remedium ex Privilegio ætatis. Minori enim, multo etiam magis pupillo, ceu panacea contra omnes præscriptiones, non tamen nisi temporales, & fatalium lapsum proderit constitutio nova Justiniani in *l. fin. C. in quib. caus. in int. rest nec. non est.* Quippe qua dispositum, quod omnes temporales præscriptiones ipso jure plane non currant minoribus. Nec oberit minori, licet & tutorem & procuratorem locupletes habuerit, quibus stipatus fatale deservit. Nam & olim jamjam electio fuit penes minorem, an voluerit restitutionem petere: qua tamen de jure noviore, ut mox dicetur, nec opus amplius erit; an contra tutorem ad indemnitatem agere, per *l. 3. 5. C. si tut. vel cur. interv.* licet & per procuratorem lis agitata fuerit, *l. 4. C. si adv. rem judic.* Idque nuperrimo *Novembr.* 1704. bene pronunciatum esse memini à Dn. Scabinis Lipf. in causa coram præfectura Lipsiensi ventilata Gottfried von Weidenbach contra die Tettenbornischen Kinder, ubi hi fatale probandarum exceptionum elabi passi erant, frustra meurgente in contrarium *l. 23. & 46. ff. de minor.* satis certe liquido asserere visas, minorem, qui habuit procuratorem majorem, non restitui, nisi si à procuratore res servari non possit. Qui textus moverunt & David. Mevium *P. VII. Dec. 226. & Coll. Jurid. Argent. L. IV. tit. 4. th. 66.* ut hanc sententiam juri communi ferme crederent magis convenire. Quibus consentit & Casp. Zieglerus *ad Jus Canon. L. II. tit. 18. §. 2. p.* 896 propter *l. 13. § fin. C. de jud.* Etenim post latum novum jus in *cit. l. fin. Cod.* nullam am-

plius legem huc quadrare facile constat. Respondet & in specie ad dict. *l.* 13. *Disp. de restit. contra neglig. procur. circa lapſ. fat. th.* 8. *Ersfordiæ habita A.* 1704. Non ergo contra lapsum fatalis restitutione in integrum, quæ petenda erat jure Digestorum & alio anteriori, amplius opus habebit minor, nisi fatale perditum, quod restituendum, & currere inceperit jamjam majori, puta parenti vel alii antecessori. Nec obstat, quod *Ord. Proc. Elect. Sax. tit.* 20. §. Und dieweil in casu elapsi fatalis dicat: es würde in causis minorum vermittelst des Beneficii restitutionis in integrum ein anders erhalten. Abusive enim Legislatorem ibi nominare hoc beneficium, nec eo sublatam velle legem Justinianeam, inde liquet, quod è contrario statim addat, daß in solchem Passu wir es bey Verordnung gemeiner Rechte bewenden lassen. Minus hinc caute agit Advocatus, restitutionem lapsorum fatalium petens pro minore, quo ipso ansa ultro dabitur adversario, centum regerendi argumentra contra postulatam restitutionem, quibus seducat judicem à genuino controversiæ statu. Quod sæpenumero in casu lapsi fatalis redimendis subselliis statuti, pro summa, qua pollent, prudentia, monuisse memini Dominos Consistoriales Lipsienses, Patronos meos æternum devenerandos, quibus me hactenus, ceu Actuarium & auscultatorem simul sedulum assedisse, non possum non publice deprædicare. Adhuc tamen necesse habent, ut petant restitutionem etiam minorennes, tum contra præscriptiones tricennales, tum contra facta commissionis, quibus sunt læsi, & sic in eo etiam casu, si curator exceptionibus renunciaverit. Ubi hoc adnotasse licebit, quod per eum ipsum Curatorem id fieri nequeat. Ita responsum esse vidi à Dominis Scabinis Lipsiensibus Annen Marien Geißlerin M. Februar. 1696. Sie (die Mündel) sind eben solche (Restitution) weil ihr, (die Vormünderin) euer eigen Factum zu impugniren nicht befugt, durch andere hierzu bestellte Curatores anzustellen und auszuführen pflichtig.

§. VIII.

Ex capite porro restitutionis in integrum servabitur exceptio omissa per *l.* 36. *ff. de minor.* si dolo Actoris inductus aut metu coactus fuerit Reus, ut præterlabi pateretur fatale exceptionis vel proponendæ vel probandæ, quo de late agitur *in tot. tit. ff. quod met. cauſ.*

& de

Digitized by Google

& de dol. mal. Idem si læsa fuerit ecclesia, respublica vel universitas, quæ jure minoris semper debent illæsæ servari *C. 1. X. de in int. rest.* indeque & contra lapsum fatalis probationis restituendæ *Ord. Proc. Sax. tit. 20. §.* Dieweil auch ꝛc. Quo & referendi pauperes, furiosi & alii, quibus ex privilegio concessa est restitutio, recensiti à Sfortia Oddo *Tract. de Rest. in int. tota quæst. 3.* Vel si Reus probare potuerit absentiam vel aliud legitimum impedimentum, quo impeditus fuerit causæ suæ præesse; Vel si alia aliqua justa subsit causa, ob quam & majorennibus restitutionem in integrum concedere, æquum judici videri poterit, quorsum & ignorantiam invincibilem, tam in majoribus quam minoribus, referimus, jubente Joh. Schiltero *Prax. Jur. Rom. Exerc. XI. th.* 28. 30. licet contra præscriptionem 30. annorum ea non admittatur in Electoratu Sax. juxta *P. 1. const. 9.* Ad causas has evolvendas sufficiat ablegasse lectorem ad *tit. ff. ex quib. caus. maj. 25. ann. in int. rest.* ut & ad cit. Oddum. qui late has causas recenset *quæst. 8. usque ad* 14.

§. IX.

Hoc adhuc suaserim exinde Advocato, ut in periculo amissæ causæ, aut in eadem, aut si judicem ibi æquiorem sperabit, in superiori instantia, omne colligat pro se argumentum æquitatis, deducat, probet etiam summariter vel ex documentis, vel testium etiam rotulis justitiam causæ meritorum, urgeat ejus arduitatem, clientuli simplicitatem aut rusticitatem aut errorem, procuratoris culpam potiorem, ostendat adversarii iniquitatem, oratorem quasi agens, quod non nisi in tali casu arbitrium aliquod judicis admittente concedimus Advocato, concinnum tamen, cuncta argumenta affectum commiserationis sibi, adversario invidiam conciliantia, modeste proponat. Nec omittat probationes forte desertas simul exhibere, idque omne, quod perditum erat, statim supplere; Quo ipso & removebit suspicionem frivolæ quæsitæ protelationis, & justitiam causæ judici hic ante omnia examinandam per *l. 3. ff. de in int. rest.* demonstrabit, vid. Mevius *P. 7. Dec.* 35. Non facile, si hoc fecerit, nisi sibi forsan obstantem habeat rem jamjam judicatam, medela denegabitur, quanquam & quadriennium petendæ restitutioni statutum effluxerit. Proficuum sibi inveniet hic *C. 1. de restit. in 6to.* Bened. Carpz. *L. 2. Resp.* 96. &

96. & æquissimum Joh. Schilter. *Prax. Jur. Rom. Exerc.* 11. *th.* 28. 30. Ita memini reformato anteriore decreto, quo probationis ante 22. jamjam annos injunctæ fatale pro deserto pronunciatum, Reusque absolutus erat, cum reservatione regressus ad antistites, in leuterationis sententia Mens. Junio 1701. à Reverendissimo Consistorio Lipsiensi publicata ex capite, si qua alia justa causa subsit, restitutionem datam esse Ecclesiæ Hohenrodensi contra Hanß Sontag und Cons. Quam & sententiam justam esse dixit Serenissimus Saxo, appellatione contraria rejecta, Mens. Nov. 1701. licet quadriennium petendæ restitutionis jam pridem elapsum fuerit.

§. X.

Dicta tamen etiam his restitutionibus petendis, ut & allegationi privilegii minorum, de quo §. 7. nova sunt fatalia, quæ si non observaverit læsus, indignus erit & his remediis. In quibus declarandis ne confundamur, bene distinguendum est fatale, intra quod restitutiones peti possunt, ab eo tempore, quod ipsum restituendum est. Illud quod attinet, regulariter quadriennium est *l. f. Cod. de temp. in integ. rest.* Quod incipere statuo non à die demum scientiæ, sed à die finiti impedimenti e. g. à die cœptæ majorennitatis, vel reditus absentis cum Georg. Adam. Struvio *Synt. Jur. Civ. Exerc.* 8. *th.* 64. *per d. l. fin.* excepta restitutione ecclesiarum & universitatum, in quibus cum impedimentum nunquam cesset, quadriennium incipit à die læsionis, & sufficiet hodiernis moribus, petitionem etiam ultimo quadriennii die factam, & ita quæstionem motam esse, licet impetratio ipsa & cognitio ante eam necessaria post quadriennium finitum fiat, asserente id etiam Domino Præside *Us. mod. Pand. lib.* 4. *tit.* 1. *th.* 9. Hoc, ipsum tempus scilicet quod restitui debet, non nisi tantum erit, quantum per impedimentum est perditum *per l.* 15. *& l.* 26. §. 8. *ff. ex quib. caus. maj.* ita, ut isti, cui minori vel absenti adhuc, lapsus est terminus Saxonicus, vel totus, vel ex parte, non plus restituatur, quam spatium Saxonicum, vel totum, vel tantum de eo, quantum lapsum est, impedimento durante, quamvis & istud tempus unius etiam tantum diei sit. Et hoc quidem certum esse, probant leges allegatæ. An vero dictum fatale quadriennii petendo remedio statutum integrum etiam concedendum sit ad petendam restitutionem contra

Digitized by Google

tra lapſum fatalis vel alius temporis brevioris? quæri hic operæ videbatur eſſe pretium. Affirmare id auſim de eccleſia, ita tamen, ut credam, fatale ipſum reſtituendum eccleſiæ currere incipere ex eo die, ex quo ſententia ſuper petita intra quadriennium reſtitutione lata vires rei judicatæ adepta eſt, per clarum textum *in Clement. un. de reſtit. in integ.* Oddus *Qu.* 19. *art.* 4. *n.* 47. Caſp. Ziegl. *ad Jus Canon. lib.* 3. *tit.* 18. §. 13. ſive id inciderit in quadriennium, ſive poſt illud. In reliquis vero reſtitutionibus e. g. minorum, abſentium &c. credo hodie ad inſtituendam petitionem reſtitutionis contra lapſum fatalium non indulgendum eſſe quadriennium, ſed tantum ſpatium temporis, à ceſſatione impedimenti computandum, quantum durante impedimento iſto cucurrit, e. g. ſi cucurrerit ibi dimidia pars fatalis forte Saxonici, poſt ſublatum impedimentum, peti debet remedium intra dimidium ſpatium Saxon. per textum expreſſum in *Receſſ. Imperii de Anno* 1600. §. 93. quod idem tradit Dn. Præſes *Uſ. mod. Pand. lib. IV. tit.* 6. §. 5. & Joh. Wolff. Textor. *Diſput. Acad, diſp.* 17. *th.* 47. ita, ut poſtquam petitio inſtituta eſt, expectandum deinde ſit, donec judicatum fuerit, an reſtituendus ſit læſus, an non. A tempore rei iſtius judicatæ, ſi ea reſtitutio conceſſa fuerit, deinde de novo curret tempus, ſecundum ſupra dicta reſtituendum. Joh. Brunnem. *ad l.* 26. §. 8. *ff. ex quib. cauſ. maj. & ad l. fin. Cod. de temp. in integr. reſt.* Nimis enim facilis erga læſum, injurius vero in adverſam partem foret, qui vellet plus temporis largiri per reſtitutionem majori factam, quam hic alias habuiſſet: Cum tamen beneficium hoc publicum nec damno, nec lucro eſſe debeat *l.* 29. *ff ex quib. cauſ. maj.* Cui addere lubet duo. Unum ſcil. ut ſi admodum breve ſuperſit tempus reſtitutionis petendæ e. g. unius ſaltem diei, modicum adhuc aliud indulgeatur ad quærendum Advocatum, propter *l.* 15. §. *f. ff. ex quib. caſ. maj.* Alterum quod credam reſtitutionis petendæ fatale *in cit. Receſſ. Imp.* ſtatutum, currere demum ſcientibus, non vero ignorantibus ſe læſos eſſe. Etenim monſtrat ipſa occaſio latæ legis, quam Imperator addidit in contextu dicti Receſſ. Imp. obicem ponere voluiſſe ea lege Legiſlatorem malitioſis litium protractoribus, quales cum non dici poſſint ignorantes, & ita in illis ceſſet ratio legis, nec hæc ad eos applicanda, ſed relinquendum potius illis integrum quadriennium videtur, in ipſa regula juris communis *in l. fin. C. de temp. in integr. reſtit.* fundatum.

Idem etiam crederem ſtatuendum eſſe in caſu reſtitutionis petendæ contra lapſum quatuor ſeptimanarum, intra quas redimere jubet ſubſellia templorum *Decret. Synod. Elect. Sax.* cui petitioni quadriennium itidem denegat Dn. D. Frid. Philippi *in Diſput. de ſubſelliis templorum Lipſiæ Anno* 1683. *habita* §. 9. (ubi tamen pro *menſtruo* ſpatio, quod pace Viri Doctiſſimi dictum eſto, tempus nunc dictum quatuor ſeptimanarum ſurrogatum mallem, propter expreſſum textum *Decreti Synodalis*) videatur Sfortia Oddus *de reſtitut. in integr. qu.* 19. *art.* 4. per totum, in quo argumentum hoc in utramque partem late diſputatum, nec tamen clare ſatis, nec habita ratione dicti Receſſ. Imp. Cæterum fateor, in quæſtione me verſari difficili, absque etiam hodego, theſin tamen ut puto, ſatis luculenter explicatam latius forte inquiret ipſe conflictus.

§. XI.

Moneri hic debebat Advocatus, remedium reſtitutionis plus quam una vice in eodem articulo proceſſus ſibi non profuturum eſſe, per *l. fin. C. ſi ſæp. in int. reſt. poſtul.* Inde frequens formula ſententiis reſtitutionem concedentibus addi ſolita: er iſt aber nochmals binnen Sächſiſcher Friſt bey Verluſt derſelben damit einzukommen ſchuldig. Durante tamen adhuc impedimento, exempli gratia minorennitate, etiam in tali caſu iterata vice frui beneficio læſum, niſi dolus probetur interveniſſe læſi, ſtatuit Joh. Brunnem. *ad d. l. f. C. n.* 3. Caſum hic annotaſſe licebit ex Actis Illuſtris Curiæ Provincialis Lipſienſ. nuper mihi relatum in cauſa Parreitiſche Erben contra Rath zu Delitzſch, ubi huic reſtituto fatale probandarum exceptionum novum conceſſum fuerat bey Verluſt deſſelben. Prorogationem petierat Senatus illius fatalis, & impetraverat. Intra tempus prorogatum cum obtuliſſet articulos probatorios, ſuper iis pronunciabatur. Aſt cum urgerent Actores per modum leuterationis, non potuiſſe Judicem prorogare fatale, ſub pœna præcluſi expreſſa, ſecunda jam vice ſtatutum, nec Reos iterato reſtituendos eſſe, pro deſerta pronunciabatur probatio. Quam tamen ſententiam reformare æquius viſum fuit Supremo Appellationum Tribunali, ne ſcilicet Reus non niſi facilitate Judicis inductus, defraudaretur exceptionibus ſuis.

§. XII.

§. XII.

Culpa fit sæpius Procuratoris vel Advocati, quod putet tamen ferme fateri, ut defraudetur Reus exceptione sua. Quid ergo in eo casu consilii? Et restitutione in integrum salva erit causa, si dolose cum Actore Procurator vel Advocatus colludentes, quod crimen prævaricationis dicimus, excipere omiserint, per expressam *l.* 1. *C. de Advoc. div. Judiciorum.* Sfortia Oddus *de rest. in int. quæst.* 13. *art.* 9. *n.* 34. *seqq.* Quod si autem vel dolo solius Advocati aut Procuratoris, vel negligentia, seu culpa etiam illorum, lædi Reum contigerit, restitutio in integrum causæ neutiquam medebitur, sed Cliens sibi imputaturus, quod talem Patronum elegerit, denegata restitutione contra hunc ad interesse præstandum aget, nisi tamen hic non fuerit solvendo, per expressam *l.* 3. *pr.* & §. 1. *ff. de Offic. Præs. l.* 10. *C. de proc. l.* 7. §. 9. *ff. de dolo malo.* Oddus *d. l. n.* 43. *sqq.* Benj. Carpz. *p.* 1. *Const.* 1. *def.* 22. 23. & *lib.* 3. *Resp.* 4. Idque in praxi receptum esse, tot probant præjudicia. Et recte quidem, ut litium scilicet tandem aliquis sit finis, nunquam ferme sperandus, si omnis fatalium vis infringi posset, per universalem restitutionem contra lapsum eorum ex capite negligentiæ Procuratorum. Quod respondendum erat Viro Consultissimo, qui peculiari *Dissertatione Inaugurali Erfordiæ d.* 6. *Maj.* 1704. *habita de restit. contra neglig. Procur. circa lapsum fat.* hanc asserere annititur. Contra negligentiam tamen Advocati, qui Procurator, mandatarius aut Dominus litis nondum factus est, restitutionem dari, definit Erklärung der Magd. Proceß-Ordnung *d. Anno* 1696. *cap.* 44. §. 2. Restitutione etiam semper fruetur Reus, si tale damnum per desertionem inferatur, quod æstimationem non recipit, & cujus interesse ab Advocato præstari non potest. Ita in causa matrimoniali disputatum esse late meminimus, an Reo, cujus prior Advocatus ad articulos reprobatorios ad deducendas exceptiones justo serius tradiderat, postquam lata super desertione sententia vires jam rei judicatæ adepta erat, adhuc tamen restitutio per novum Advocatum anxie petita sit concedenda? Et mihi quidem affirmativa magis arrideret, propter irreparabilitatem gravissimi præjudicii, quod Reo alias oberat, quippe exceptionem fornicationis contra Actricem deducturo. Nec Advocatus, quisquis ille fuerit, dici poterat esse solvendo in causa interesse non pecuniarium, sed per-

petuum vitæ consortium concernente. Nec & obstabat res judicata. Nam & adversus hanc dari restitutionem in integrum, liquet *ex tot. tit. C. Si adv. rem judicat.* præsertim cum in proposito casu ante sententiam latam restitutionem anterior Advocatus desertionem agnoscere nolens, nondum postulaverit. Hoc enim si factum fuisset, petitio hæc in subsecuta sententia præterita, pro jam rejecta putanda fuisset. Semel autem per sententiam denegata restitutio peti amplius nequit per *l. 1. 2. C. si sæp. in int. rest. post.* Et crederemus in tali casu sæpius in matrimoniali causa restitutionem obtentum iri, si adhibeatur cautela supra §. 6. commendata. Cæterum læsum ex hoc capite restitutum debere expensas adversario restituere, æquissime defendit & præjudiciis obfirmat dicta *dissert. de rest. contra negl. procur. circa fat. th. 25. 26.*

§. XIII.

Ad transeundum ad novum remedium causæ vulneratæ quærendum. Ex consortio personæ privilegiatæ remedium quodvis consortilitis uni privilegiato concessum prodest & alteri, non tamen nisi in causa individua, id est ea, quæ taliter est connexa, ut privilegium prodesse non possit uni, nisi & alter isto simul fruatur. Quod eleganter deducit & Sfortia Oddus *de rest. in int. quæst. 46. art. 4. num. 12.* Cum igitur in causa operarum rusticarum, quas postulaverat coram judicio Froburgensi Dn. G. F. B. de B. von denen Hindersassen zu Greifenhahn, Rei deservissent fatale ad demonstrandas exceptiones injunctum, & urgerem contra Actorem contumaciam accusantem, duobus consortibus Reis nondum cucurrisse fatale, quippe ad publicationem ejus sententiæ individualiter non citatis, quod requirit tamen *Ord. Proc. Elect. Sax. tit. 4. princ.* Inde & reliquis 16. consortibus, quibus tamen præsentibus publicatio facta & copia sententiæ data fuerat, prodesse debere, frustra severe renitente Actore, pronunciabatur à Fac. Jurid. Witteberg. Mens. Aug. 1700. Daß Bekl. sich an der ihnen zuerkanten Bescheinigung gestalten Sachen nach noch zur Zeit nicht versäumet. Confirmabatur etiam sententia ista in Leuterationis instantia iisdem pronunciantibus Mens. April. 1701. Idem pronunciandum esse respondebatur à Fac. JDca Lips. Mens. Jan. 1698. ad Præfectum Lips. in causa J. S. contra H. L. und Gemeinde zu Mockau ad perditam

ditam probationem exceptionis contra postulatam servitutem piscandi in ditione Moccaviensi adhuc admitti ex capite restitutionis universitati competentis petentes. Nec proderat Actori ursisse generalitatem *l. un. C. si in com. ead. caus. rest. in int. post.* communicationem beneficii consorti denegantis, nec allegasse Gomezium *var. resol. jur. T. 2. c. 14. n. 10.* asserentem, in materia præsertim servitutum eam legem esse receptam; nec provocasse ad Acta priora, in quibus sententiæ anteriores non Reos consortes, sed Bekl. und Mitbekl. nominaverant, ipsis his causantibus, dum distinctis mandatariis usi uterque semper peculiari responderat positione. Etenim *cit. l. un.* more aliarum legum Codicis de casu speciali loqui, proinde regulam generaliorem *l. 10. princ. ff. quemadm. servit. amit.* in totum, quoad causas individuas etiam, tollere non posse, ex textu liquet facile, Gomezio etiam sese satis jam opposuit Joh. Brunnem. *Com. ad. d. L. un. C. n. 7.* & ipsa jam allegata *L. 10. ff.* Nec inconsulta partium nominatio ejus videbatur momenti, ut ex iis, quos Actor ipse antea nominaverat consortes, non consortes facere posset.

§. XIV.

Vix tamen tuto exinde sibi spondebit Advocatus cautus universalem medicinam in omni casu probationis, ut & juramenti deperditorum, quod credere Ben. Carpz. *l. 2. resp. 98. n. 11. & Proc. tit. 19. art. 2. n. 38.* videtur, omnem probationem omneque juramentum pro rebus individuis reputans. Etenim in discernenda causa individua & dividua non ad qualitatem facti lædentis omissi, sed ad objectum litis motæ, respiciendum esse, sentimus, ita, ut regula sit: pro individua causa habendam & communicandum beneficium consorti esse, in unoquovis, sive probationis sive alio articulo, quoties denegatio ejus facit, ut ex definitiva causa privilegiatus id non possit lucrari, quod alias consecuturus esset. Contra vero dividua semper erit causa, & in probationis & in omni alio articulo, si restitutus jus suum integrum consequi potest, consorte licet succumbente. Et quidni probationes eodem jure censebimus, quo stipulationes plurium Reorum æstimat *l. 72. ff. de V. O.* dividuas esse statuens, si promissa fuerit res inter consortes, salva cujusvis parte, divisibilis, qualis est pecunia numerata; individuas, si res promissa non potest dividi e. g. fa-

ctum à duobus simul præstandum, item servitutes pleræque. Nullus ergo dubitarem, quin in condictione certi ex mutuo à duobus Actoribus, uno majore, altero minore, instituta, deserto fatali probationis, Reus ratione ejus ratæ, quæ majoris erat, statim sit absolvendus, minor adhuc audiendus, Reusque pro re nascitura ad ratam ejus solvendam condemnandus. Quod procul dubio & procedet in duobus Reis consortibus pro rata condemnandis & absolvendis, ubi alteruter contra fatale probandæ exceptionis desertum restitutus fuerit. Hinc Domini Scabini Lipsiens. in Concurs-Sachen Hanß Seiferts non dubitaverunt pronunciare an Procuratur-Verwalter zu Meissen Mens. Febr. 1991 Daß I. E. F. in integrum billig restituirt wird, und er diesem nach mit seiner Rata von denen liquidirten wiederkäufflichen Capitalien und Zinsen von diesem Concurse noch zu Zeit nicht zu præcludiren, sondern zu Führung der in dem am 3. Dec. 1683. eröffneten und fol. 86. Vol. 1. befindlichen Urthel zuerkannten Bescheinigung in Sächsischer Frist nochmalen zuzulassen: dessen Suchen aber wegen seiner Mit-Erben hat nicht statt, referente Excellentissimo Dn. D. Quint. Sept. Flor. Rivin. *in Enunc. ad Ord. Proc. Tit.* 20.

§. XV.

Similiter nec omnem præscriptionem individuam dici posse ad eum effectum, ut consors absque consorte non sit restituendus, credimus laudato Carpzovio *n.* 6. *dict. Resp.* id asserenti, adstipulante etiam Oddo *d. qu.* 46. *art.* 5. *n.* 18. 19. Sed regulam nostram & hic applicandam esse statuimus. Nec opus erat longa refutatione, cum ipse sibi directo contradicat Carpz. *P.* 2. *Const.* 9. *def.* 4. Inde crederem profecto, obfuturam exceptionem præscriptionis annalis majori injuriarum agenti, quæ non nocebit minori de iisdem injuriis simul experienti. Imo nec omnis servitus est individua, quod dicit idem Carpz. *d. Def.* 4. *n.* 6. *&* *d. Resp.* 98. *n.* 7. Sed ea saltem, qua frui socius absque socio non potest, quod elegans est exemplum Sfort. Oddi *quæst.* 19. *art.* 6. *n.* 25. Cæterum ex dictis facile colligere est, cautelam esse pro Advocato, ut jungat parti, si poterit, consortes plures privilegiatos, profuturos forte aliquando omnibus, si læsi fuerint in processu. Et hæc remedia erant communia Reo, quadratura, sive ante processum

ſum inſtitutum, per præſcriptionem, ſive poſt litem motam, per lapſum fatalis, exceptiones ſuas quovis modo amiſerit.

§. XVI.

In ſpecie, ſi pendente proceſſu exceptionibus ſuis fraudatus fuerit Reus, medelam quæret communem omnibus læſionibus ex capite nullitatis. Proceſſu enim retro pro nullo declarato, ſi Actor de novo experiatur, emendandi errores elegans dabitur occaſio. Nam contra ipſam etiam rem judicatam nullitatis querela locum habet, ita tamen, ut in Elect. Sax. intra ſpatium Sax. à die publicatæ ſententiæ computandum, interponantur, & intra duplicatum eum terminum ſub pœna præcluſi citationes impetrentur ad proſequendam nullitatem, & interim executio neutiquam ſuſpendatur; nec minus ille, qui calumnioſe repertus fuerit nullitatem allegaſſe, 40 florenis Miſnicis mulctetur, diſponente hæc omnia *O. P. S. tit.* 38. Sæpius autem pendente adhuc proceſſu, vel totus, vel articulus ſaltem ille, qui nocuit, ita impugnari poterit propter defectus aliquos, ut annulletur, & ad ſtatum innoxium redeat. Hinc cautos ſatis eſſe nunquam credidimus Advocatos, qui ſæpe intempeſtive irruunt in errores & defectus quosvis, ſi qui penes Acta circa legitimationes, inſinuationes & alia puncta irrepſerint. Cum conſultius forte fuiſſet, pati, ut incurii viderentur aliis, usque dum nacti fuerint occaſionem urgendi defectus iſtos, vel ad ſui defenſionem, vel ad offenſionem adverſæ partis reapſe profuturas.

§. XVII.

Cæterum quæ ſint capita illa nullitatis, nunc non vacat recenſere. Collegit illa longo ordine Sebaſt. Vantius *Tract. de Nullitatibus.* Nobis ſufficiat, & hic caſum, qui in praxi obvenit, attendiſſe. Sic periiſſet cauſa lethaliter vulnerata, ubi Actor J. C. Hoffmann coram Prætorio Lipſ. in cauſa contra A. Eggen in termino præſtandi juramenti à ſe delati ipſe emanebat, niſi obtendi potuiſſet nullitas in publicatione ſententiæ ſuper juramenti delatione latæ commiſſa. Citationem enim ad publicandum, non mihi Actoris Procuratori, quod ad Acta narraverat, ſed fratri gemello, ejusdem plane faciei, nuncius errans inſinuaverat. Nulla autem eſt publicatio ſententiæ partibus

bus nec citatis nec præsentibus facta, *Ord. Proc. Elect. Sax. tit.* 34. licet sententia sit pro non citato Joh. Oldendorpius *Syllog. except. de sent. p.* 762. Frustra ergo regerente adversario, sententiam priorem super litis contestatione latam non egere publicatione, cum neutra pars ea gravetur, sed utriusque petito illa respondeat, pronunciabatur tamen, consultis Scabin. Lips. daß gestalten Sachen nach, Beklagtens Suchen nicht statt hat, sondern es ist vor allen Dingen Kläger zu Publication des fol. 16. befindlichen Abschiedes gebührend vorzuladen, ergehet so dann darauf ferner, was Recht ist: Mens. Octobr. 1699. Hoc igitur facto, res ad integrum revertebatur statum, novus à me petebatur ad jurandum terminus, eoque causa eveniebat, ut Reo postmodum emanente juramentum istud pro deserto, ipseque Reus pro convicto declararetur.

§. XVIII.

Sæpius ea nullitas ex capite illegitimationis ibit obviam. Casus erat, ubi Reus non habita ratione ullius exceptionis, pro confesso & convicto declaratus consilium petebat; Actis igitur probe lustratis, inde remedium quærere visum est, quod ex duobus à Reo in solidum constitutis Procuratoribus, unus sententiam super litis contestatione à se facta latam pro publicata agnoverat, & dein appellatione suspenderat; alter deinde Procurator appellationi renuncians ad probationem pro exoneranda conscientia sese obtulerat, quam tamen ambo æque neglexerant. Credebatur enim renunciationem appellationis ab illegitimato factam, indeque fatali oblationis juramenti vel probationis dictæ adhuc obstare leuterationem, cum post prioris Procuratoris occupationem alter se intromittere nequiverit ulterius. Hanc enim Juris Canonici regulam in *cap.* 6. *de Procur. in* 6. jure etiam civili in *l.* 32. *ff. de Proc.* & verbis quidem adhuc evidentioribus, asseri liquet. Quos textus, licet hactenus inter Practicos nostros rarius allegatos, cur inter eos ideo referamus, quos Germania non recepit, non apparet. Non attendi eam solere, suspicatus sum ex sententia Scabinorum Lipsiensium in causa C. Dietz contra D. Hartenbach Mense Aprili 1700. in Prætorio Lipsiensi publicata. Licet enim urgerem: Rei Procuratorem alterum per annum, & quod erat supra, causam egisse, super juramento delato in pluribus terminis disputasse, sicque alte-

alteri, cum uterque in solidum constitutus esset, ita præjudicatum esse, ut leuterationis prosecutio ab hoc nunc facta pro nulla, & ista ideo pro deserta habenda sit; Licet & ostenderem *C. 6. allegatum* expresse meminisse casus, ubi prior occupans absens vel alias impeditus fuerit, vel prosequi etiam noluerit, ac proinde falso ab adversario dici, quod textus de solo casu contradictionis inter duos Procuratores ortæ loquatur; Nec tamen desertio leuterationis attendebatur, nec alia legitimatio Reo injungebatur. Textus certe hic non contemnendus est in *Constit. Maximil. I. de Anno* 1512. §. Von Anwälden Satzung inculcans Notariis, ut constitutionibus Procuratorum plurium, conjunctim & in solidum samt und sonders faciendis, expressa addatur clausula: Daß ihr eines Condition, als der sich zum ersten in die Dinge schlüge, nicht besser, denn des, oder der andern sey, sondern was einer anheben würde, daß der andere das vollführen oder enden möge. Quam clausulam literatenus ex *allegato C. 6.* transsumptam, nostro quidem judicio, Sacratissimus Imperator neutiquam desiderasset, si foro receptam legem huic contrariam non credidisset. Sentit nobiscum sæpe laudatus, nec satis unquam laudandus Schilterus *Prax. Jur. Rom. Exerc.* 10. *th.* 49. idemque præjudiciis Cameræ Imper. probatum esse asserit Joach. Mynsing. *cent.* 1. *observ.* 47.

§. XIX.

De remediis, quæ specialiter soli isti, qui propter exceptionis omissionem de salute causæ periclitatur, opitulantur, nunc disquirendum erit. Et exceptiones quidem dilatorias quod attinet, eæ omnes sub pœna præclusi simul proponendæ sunt, antequam Reus vel litem contestatus, vel ad contestandum, vel etiam ad legitima impedimenta, re judicata condemnatus fuerit, *Ord. Proc. Elect. Sax. Tit.* 11. *princ. Decis. Elect. Sax.* 14. *Ord. Proc. Magdeb. de a.* 1688. *Tit.* 27. §. 1. *Rec. Imp. d. a.* 1654. §. 37. Bened. Carpz. *P.* 1. *Const.* 3. *Def.* 4. *seqq.* Salvæ tamen adhuc non solum erunt eæ, de quibus in §. seq. agetur, sed & hæ, quæ causæ merita concernunt, & mixtæ dicuntur in *cit. O. P. Magd.* e. g. pacti de non petendo temporalis: quæ posteriores sive omissæ sive opposita sint ante contestationem litis, & post eam inter peremptorias deduci poterunt: Inter quas referimus etiam exceptionem excussionis. Nec præcisa erit dilatoriarum oppositio, si in sen-

tentia antecedenti tantum responsio, sich einzulassen, und zu antworten, nec simul litis contestatio, expresse injuncta fuerit, per claram *Decis. Elect. Sax.* 14. Qui textus licet de solo casu loquatur, ubi contra Reum, qui plane emansit, pronunciatum est, extendendus tamen nihilominus etiam est ad causam, ubi comparuerat, sed litem contestari noluerat Reus, docente Dn. D. Joh. Heinrico Bergero *in Elect. Proc. Execut. th.* 23. *p. m.* 30. Praeterea remedebitur etiam Reus causae, si leuterando contra sententiam, quae litis contestationem fieri jussit, dilatorias adhuc urgeat. Id enim cum effectu fieri posse probat Bened. Carpz. *P.* 1. *Const.* 3. *Def.* 8. Ubi cautela simul annotanda erat Excellentissimi Quint. Sept. Flor. Rivini *in Spec. Except. for. c.* 22. *n.* 8. ut Reus negligat quandoque has exceptiones in termino, ut gravamen alicujus leuterationis eo tutius exinde sibi polliceri possit. Adde, quod in specie satisdationem nondum praestitam obtinendi nova reditura sit occasio, si in termino executionis deponas judicatum, offeras simul reconventionis libellum, & protesteris, ne exsolvatur Actori extra territorium degenti vel non possessionato, priusquam cautionem de solvendo in casum succumbentiae praestiterit, juxta *O. P. Sax. tit.* 6. §. Es wäre denn rc. *O. P. Magd. d. a.* 1686. *tit.* 19. §. 3.

§. XX.

Praesertim vero quoad peremptorias eximie subvenietur isti, qui exceptione omissa de salute causae periclitatur, si reperiat illi nondum esse satisfactum, quod Actori injunctum est circa exceptiones dilatorias, e. g. restituendi spolii, illegitimationis, vel circa alia puncta praejudicialia, quibus praestandis prior sententia particulam zuförderst sive vor allen Dingen addidit. Eo enim usque Reo nullum fatale currere, ex eo tuto inferimus, quod nec Actori ipsi terminum probatorium currere illo in casu asserat *Ord. P. Elect. Sax. tit.* 9. §. Es soll aber rc. Nec prius Adversario current fatalia, quam à die insinuatae notificationis à Judice impetrandae. Cautela inde insignis erit pro Advocato celerem causae finem optante, ne facile causetur vel sibi vel adversario tale quid imponi, praesertim vero pro Actore, ut ante sententiam satisdet, & guarandam praestet. Quod si injunctum quidesse viderint, Actor ultro judicato satisfaciat, Reus jus ex tali sententia quaesitum negligat, quippe quo ipso omne fatalis labentis periculum

lum securus evitabit. Quas & cautelas commendat iterum Excell. D. Rivinus *in supra cit. specim. exc. for. c. 22. n. 3. seqq.*

§. XXI.

Merebitur referri hic casus, quem in causa A. B. contra E. Böttgern und Consorten coram prætorio Lipsiensi expertus sum. Actori cautio pro reconventione & expensis injungebatur Mens. Martio 1697. quod Rei Advocatus, astute incurius, nec in ipso termino urgebat, in quo super deserta jam reprobatione disputabatur; consulti tamen Scabini Lips. rati ex officio etiam exceptionem hanc attendendam à Judice Mens. Dec. 1698. pronunciabant: Daß die eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung wegen versäumten Gegen-Beweises nicht statt hat, sondern es ist Kl. vor allen Dingen wegen Bestellung des Vorstandes der Wiederklage und Unkosten halber unsern am 4. Martii des 1698. Jahres eröffneten Urthel seines Orts Folge zu leisten pflichtig. Scriptam cautionem fidejussoris Actor exhibuerat, satis nunc sibi visus fecisse, cum constet, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solenniter acta *§. fin. I. de fidejuss. l. 30. ff. de verb. oblig.* possessionem ejus immobilium simul satis docuerat, Reo etiam hæc facta esse, Judex notificaverat, admonito simul, quid fieri velit de juramento super parte libelli adjudicato nondum præstito. Reus ad jurandum tamen sese nondum offerebat, nec erat, quo se excusaret, quam quod satisdationem ideo nondum satis esse præstitam excipiebat, quod ignoret, an fidejussor ipse, an quis alius, cautionem exhibitam scripserit. Pronunciabatur ab iisdem Scabinis Mens. Martio 1700. Würde der angegebene Bürge sich zu dem fol. 105. befindlichen Cautions-Schein gerichtlich bekennen, immassen zuförderst billig geschiehet, so hat Kl. den geforderten Vorstand der Wiederklage und Unkosten halber zur Nothdurfft bestellet, die von selbigen eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung aber noch zur Zeit, gestalten Sachen nach, nicht statt. Recognoverat cautionem fidejussor per mandatarium specialiter ad hoc legitimatum, adque præstandum novum juramentum super reprobatione, ex parte sibi, ex parte Reo, delatum & relatum, ipse Actor terminum impetraverat, cum notificatione factæ recognitionis; Nova tamen lite à Reo in termino mota inani satis, an ista recognitio per Procuratorem fieri potuerit, iterum sententia Scabinorum sequebatur: Daß gestalten Sachen nach,

 bey

beyderseits eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung nicht statt hat, sondern es sind Bekl. Principalen, weil Kls. Cavent durch einen insonderheit hiezubestellten Mandatarium sich zu dem dißfalls ausgestelleten Cautions-Schein nunmehro bekannt, zu schweren schuldig.

§. XXII.

Memorabilis hanc in rem casus est, quem anno præterito in Judicio Mercatorio Lipsiensi contigisse mihi relatum est. Pronunciaverant Dni Scabini Lips. in causa L. Bernds contra A. R. Actorem ante omnia actioni de eadem re coram Curia Provinciali instituta renunciare, Reoque expensas in ista instantia factas restituere debere, injuncta simul probatione intentionis suæ. Neutrum cum fecisset Actor, Reus post duos elapsos menses eum desertionis accusabat. Ast, cum Actor replicaret, nondum pro contumaci se habendum esse, adstipulabatur isti sententia Dn. Scabinorum desuper publicata. Post aliquot hebdomades Reus denuo Actorem desertionis arguebat, inque termino ad disputandum statuto graviter querebatur de protractione litis tam frivola. At Actor regerebat, Reum ipsum in culpa moræ esse, qui debebat curare, ut citaretur ad purificandam conditionem adjectam fatali sibi posito, cum Actor ipse ad id sponte sua expediendum nullo sit jure coactus, per *Ord. Proc. Elect. Sax. tit.* 11. §. Würde denn &c. qui & debebat expensas refundendas, ut moderari possent, liquidare. Respondebant Dn. Scabini Lips. nec hanc contumaciæ accusationem locum invenire, sed Actorem ante omnia judicato satisfacere debere. Ratio decidendi dubio procul in eo erat, quod expresso legis textui sine lege obloqui non liceat: cui nec obstare poterat, quod in arbitrio sit Actoris & potestate mera conditionem adimplere & sic processum maturare, quodque hic, dum illud intermittit, pertinax litis protelator pœna potius quam lucro exinde capiendo dignus videatur: Cum habeat, quod sibi imputet Reus non utens remedio, quod ad Actorem tali in casu compellendum lex præscripsit. Nova hinc cautela nascitur pro Advocato celerem processum optante, ut curet Adversarium citari ad purificandam conditionem: Et hoc demum facto fatale à quo computari poterit. Consultius tamen quandoque etiam erit, ut renunciet pars juri ex tali sententia acquisito, & adversario id factum esse notificari per judicem adversario faciat. Nullus

lus enim dubito, quin à die notificationis insinuatæ fatale currere incipiat. Quod si forte ex improviso illa ostendet adversarium minus paratum, sentire poterit pœnas vexæ præteritæ.

§. XXIII.

Si exceptio peremptoria litis contestationi non fuit subnexa, in reprobatione eam non amplius admitti, liquet ex *Ord. Proc. El. Sax. tit.* 11. *§. fin. & tit.* 21. §. Da auch der Beklagte *Ord. Proc. Magd. de a.* 1686. *tit.* 17. §. 1. *Ord. Cam. P.* 3. *art.* 27. *ut & Rec. Imperii de a.* 1654. § 37. Ast salvam semper fore exceptionem facti, qualis est solutionis & compensationis, asserunt Casp. Zieglerus *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 21. *verb. Attenderet &c.* & ex eo Lud. Günth. Martini *Comment. ad Ord. Proc. Sax. tit.* 21. *§.* 4. *n.* 2. adjecta ratione, quod per eam actio penitus perempta sit, ac proinde etiam in executione opponi illa possit, & ne Reum condemnari sine competente adversus eum actione, contingat. Nuperrime etiam Mens. Nov. 1704. à me interrogata respondit Fac. Juridica Lips. Reum probaturum exceptionem solutionis & compensationis, quamvis non adjectas litis contestationi, adhuc tamen audiendum esse, præmissa ratione decidendi, weil die Exceptio solutionis & compensationis, laut der Proceß-Ordn. Tit. 39. §. 2. dergestalt beschaffen, daß auch Beklagter damit in ipso termino executionis auf gewisse Masse annoch zuzulassen. Licet non negem durum satis videri, nec distinguente ulla allegatarum legum ex professo hanc materiam pertractantium & optimo consilio protelationibus Reorum obviantium, eam exceptionem generaliter admitti debere. Quod si enim prior vel posterior ratio id inferre posset, cur non & omnem exceptionem peremptoriam reliquam his jungimus? cum omnis ea definiatur, quod rem, de qua agitur, perimat. in §. 9. *J. de Except.* Nec iniquum etiam erit condemnari eum, qui contumax neglexit allegare exceptionem sibi competentem, quo de supra §. 2. Ex media ratione id tantum largiar sequi, quod exceptio peremptoria in continenti liquida, litis etiam contestationi non subnexa admittenda sit in articulis reprobatoriis. Quid enim interest Actoris id fieri? cum ita comparata & post sententiam opponi possit *Decis. Elect. Sax.* 2. Eoque restringit thesin ipse laudatus Martini *ad tit.* 11. §. 10. *n.* 6. Id monendum adhuc erit, quod in omni casu, quo admittitur

tur probatio exceptionis, quæ litis conteſtationi non erat adnexa, & Actori concedendi ſint reprobatorii reprobatoriorum, ne ſcil. defraudetur Actor replicationibus ſuis, quippe quas juſte ignorans per eliſivos articulos, quod cæteris paribus fieri debebat, non potuit deducere una cum probatione ſua, diſponente ita *Ord. Proc. Elect. Sax. d. l.*

§. XXIV.

Adderem hîc diſcrepantiam Collegiorum Juridicorum ſuper quæſtione affini nobis: An Reus, qui juramentum ſuper libello à ſe negato obtulit, poſtea vero libellum confiteri, & ad exceptiones convolare maluit, ad harum deductionem adhuc admittendus ſit? Ne vero ampli nimis ſimus, ſufficiet dixiſſe affirmative omnino judicatum eſſe à Facult. Juridica Lipſ. in Schwängerungs-Sachen C. Zenckerin contra P. Seydel, coram Præfectura Lipſienſi Menſ. Martio 1698. & à Scabinatu Lipſienſi in cauſa G. Bergers contra J. D. Hüblern Menſ. Junio 1704. coram Judicio Mercatorio Lipſienſi, licet in utraque cauſa late allegaverim jus & per delationem juramenti, ſpeciem transactionis habentis *l. 2. ff. de jurej.* & per rem judicatam, ut & per *Ord. Proc. Elect. Sax. tit.* 18. *§. pen.* præciſe præſtationem juramenti actualem in termino jurandi ſub pœna deſertionis poſcentem, Actoribus quæſitum, inficiationemque malitioſe ſatis antea facta, cum totus libellus in facto mere proprio conſtiterit. Negative tamen reſponſum eſſe in Fac. Juridica Wittenberg. Menſ. Julio 1703. refert & probat D. Joh. Heinr. Berger. peculiari Corollario ſubnexo *El. Proc. pag.* 386. *ſeqq.* ſpem ſimul nonnullam dans theſeos lege publica definiendæ. Cæterum admonitos hic velim Advocatos, ne litem conteſtantes omittant accurate examinare clientulos de veritate libelli, nec tamen pernegantibus etiam ii facile fidant ſecuri, fore, ut exceptione opus non habeant, cum Actore non probante, vel cliente Reo jurante, etiam abſque exceptione hic abſolvendus ſit. Sæpe enim fallunt, nec ubi ad rem deventum fuerit, jurant. Tutius ergo erit, exceptiones omnes penes litis conteſtationem conglomeraſſe, quod feciſſe nocebit nunquam, cum tamen caſus evenire poſſit facile, quo id intermiſiſſe valde pœniteat.

§. XXV.

In caſu neglectarum penes lit. conteſt. exceptionum diſputatum nemi-

nemini, quænam exceptiones peremptoriæ nomine generali exceptionis non competentis actionis litis contestationi subnexo salventur? Et visæ sunt illæ tantum hoc nomine subintelligi posse, quæ simpliciter inficiantur, unquam Actori jus agendi competiisse, e. g. contractus non perfecti, ut & eæ, quæ huic Actori adversus hunc Reum actionem competere negant, quam exceptionem non competentis actionis in specie nominamus, qua de Joh. Zangerus *Tract. de Except. P. III. c.* 20. Non vero forsan medebitur hoc nomen generale illi, qui sub eo & aliam exceptionem, quæ actionem olim competentem sublatam esse postea asserit; qualis est exceptio solutionis, compensationis, præscriptionis &c. subintellectum volet, ea mente, ut has in reprobatoriis nunc deducat. Licet enim largiamur, & has exceptiones sub eo nomine in acceptione latissima prehendi posse: Restrictive tamen potius hic interpretandum erat vocabulum, ne rationi & intentioni legis adversi simus, quæ ideo exceptiones post litis contestationem nominari cupit, ut Actor sciat, articulis elisivis eas refellere. Non autem poterit eas hariolari Actor, nec propter justam ignorantiam ad incognitas articulare, quæ verba sunt *Ord. Proc. Sax. tit.* 21. §. Da auch der Beklagte ꝛc. si Actor speciatim exceptiones non allegaverit, sed voce tam generali usus fuerit, ut inde plus non patescat, quam si dixisset, se oppositurum exceptiones peremptorias. Quo ipso defraudaretur Actor suis replicationibus. Nec aliud dicendum erit, licet & Reus præmissis aliquibus specialibus exceptionibus subnexuerit hoc nomen generale. Late & solide tractat hoc argumentum *Disput. de Artic. elisivis sub* D. Bergero *Witteb. habita a.* 1696. *th.* 19. *usque ad* 22. Illud hic adjecisse licebit, in casu, ubi melior litis contestatio per sententiam injuncta, nec tamen, cum hæc fieret in articulis istis, qui emendatione opus habebant, exceptiones penes priorem litis contestationem annexæ repeterentur, frustra ex hoc capite articulorum reprobatoriorum exceptiones deducentium pertinentiam me impugnasse, coram Prætorio Lipsiensi, pronunciantibus Scabinis in causa A. E. Lösers contra C. G. Meybach Mens. Sept. 1704.

§. XXVI.

In processu executivo, quem Electoratus Sax. agnovit, præcludetur Reus exceptionibus etiam iis, quæ in continenti sunt liquidæ,

dæ, si omiserit intra tres septimanas à tempore insinuati libelli computandas in scriptis eas una cum copiis documentorum, quibus eas probabit, edere judici per *Decis. Elect. Sax.* 2. Ast suppeditabit tamen eadem decisio exceptionem, quæ salvabit exceptiones solutionis & compensationis, quippe quæ in continenti liquidæ eo usque sunt admittendæ, donec executio facta erit actualiter. Salvam etiam habebit omnem exceptionem Reus, si expresse in citatione sibi injuncta non fuerit à judice editio illarum exceptionum, quod tamen ex officio etiam fieri debebat, monente iterum serio *Mandat. El. Sax. de dato Dippoldiswaldæ d.* 12. *Febr.* 1691. vid. Joh. Henr. Berger. *Elect. Proc. Exec. th.* 37. *p.* 45. ubi non immerito invehitur in socordiam Actuariorum, qui nihilominus id facere negligere solent, gravi damno Actoris id nunquam toleraturi, si cautus satis videri volet.

§. XXVII.

Post elapsum fatale salva tamen adhuc erit omnis exceptio noviter post fatale demum enata, ut & ea, quam currente adhuc fatali se ignorasse Reus jurato affirmabit. Quod remedium addita simul ratione æquitatis pereleganti ipsi suppeditant textus in *capit.* 6. 10. *de except. Ord. Proc. El. Sax. tit.* 11. §. *fin. & tit.* 21. §. Da auch der Beklagte *Ord. Proc. Magd. de a.* 1686. *tit.* 28. §. 2. Formulam illius juramenti tradunt Excell. Barth. Leonh. Schwendend. *Proc. Fibig. P.* 1. *c.* 2. *p. m.* 402. & Lud. Günth. Martini. *Comm. ad Ord. Proc. Sax. tit.* 21. §. 4. *n.* 10. Ita in specie tali in casu post litis contestationem exceptio spolii adhuc audienda erit, regulariter tamen non nisi ante eam interponenda Bened. Carpzov. *Proc. tit.* 11. *art.* 6. *n.* 26. Et procedet hoc, licet etiam reliquæ exceptiones jam oppositæ desertæ sint. Ita cum in causa N. Zehe contra C. Städeln coram Judicio Mercatorio Lipsiens. Reus contumaciæ accusaretur de deserto juramento super libello delato, ob quam & pro confesso & pro convicto erat habendus, & hic, se nuper transegisse cum Procuratore Actoris, exciperet, addita juramenti à Procuratore postulati delatione, Actori frustra renitenti injungebatur responsio die Einlassung à Scabinis Lips. Mens. Nov. 1699. qui, cum hæc facta esset, pronunciabant, daß vor allen Dingen Beklagter die vorgeschützte Transaction in drey Wochen zu bescheinigen pflichtig, und ergehet darauf der eingebrachten Ungehorsams Beschul-

Beschuldigung halber ferner, was Recht ist, dessen wider Andreen Wagnern beschehenes Suchen und darbey unternommene Eydes-Delation aber hat dißfalls nicht statt, Menſ. Jul. 1700. Nulla tamen harum exceptionum admittetur, postquam sententia definitiva vires judicati obtinuit, nisi in continenti fiat liquida. Pariter & istæ, lapsis licet fatalibus, adhuc salvæ supererunt exceptiones, quæ gravamen habent successivum, quales sunt loci non tuti, inepti libelli & id genus aliæ, & in specie hæ, quæ nullitatem inferunt processus, ut illegitimationis, deficientis citationis &c. quo de supra dictum §. 16. seqq. Quippe quas ad speciem noviter exortarum facile referes, ideoque & contra executionem adhuc profuturas, si in continenti sint liquidæ.

§. XXVIII.

Exceptionibus suo tempore omissis, frustra quæri remedium in superiori instantia, facile est colligere ex his, quæ dicta sunt. Adde Ben. Carpz. *Proc. tit.* 18. *art.* 6. *n.* 3. *seqq.* Lud. Günth. Martini *Comment. ad O. P. S. tit.* 11. §. 10. *n.* 3. *seqq.* Multo minus expectabit id Reus in Revisione aliqua Actorum exulante plane à foris Saxon. *O. P. S. tit.* 37. licet eam agnoscat *O. P. Magdeburg. de a* 1696. *tit.* 43. §. 5. Ast in prima instantia, quatenus exceptiones in processu amissæ in termino executionis adhuc opponi possint, & hinc laboranti causæ sperandum sit emplastrum? quæritur. Et eas quidem quod attinet, quæ in ipso processu penes probationem non deductæ, nec etiam litis contestationi annexæ sunt, illas post sententiam in termino executionis adhuc admitti, si in continenti fieri queant liquidæ, statuendum est *arg. l.* 7. §. 1. *ff. de compens. & l.* 8 §. 2. *ff. de neg. gest.* Certum hoc est in Elect. Sax. de omni exceptione per *Dec.* 2. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 3. Nec oberit, licet in Actis ipsis incidenter aliquando nominatæ fuerint, Carpz. *Resp.* 5. Quod & in eo casu asserere auderem, si in contumaciam Reus condemnatus fuerit. De iis vero, quæ post factam in processu earum allegationem & deductionem rejectæ vel etiam pro desertis pronunciatæ sunt, crederem, quod non substitui possint in executionis termino, cum laudato Bened. Carpz. *lib.* 2. *respons.* 4. Quod & disponit, non tamen nisi de exc. sola solutionis & compensationis, expressa *Ord. Proc. Magd. de a.* 1686. *tit.* 46. §. 4. Obstabit enim hoc in casu directo exceptio rei judicatæ,

dicatæ, quod de exceptione compenſationis expreſſe aſſerunt *d. l. 7. §. 2. ff. de Compenſ. & l. 8. §. 2. ff. de neg. geſt.* ratio hæc tamen ceſſabit in caſu priori, cum ſententia dici non poſſit revera judicaſſe ſuper puncto in litem nondum deducto. Nec etiam contra hanc ſententiam facere textus videtur in *Dec. Elect. Sax. 2. verb.* ſo *in continenti ex Actis* erweißlich ꝛc. quippe quæ vel de priori caſu vel de aliis Actis judicialibus, quam de iis, quæ in cauſa controverſa habita ſunt, intelligenda ſunt. Cæterum ex dictis pateſcet facile, non ſemper tutum ſatis eſſe, exceptiones in continenti liquidabiles in reprobationem deduxiſſe, ſed expedire quandoque, ut reſerventur poſt ſententiam.

§. XXIX.

Exceptio omiſſa in proceſſu quatenus per modum actionis adhuc intentari poſſit? longa reſtat quæſtio. Plura enim eſſe remedia, quæ & per modum actionis & exceptionis proponi queunt, liquet ex *l. 156. §. 1. ff. de R. J.* Recenſuit iſta *Diſputatio deſuper habita ſub* D. Andrea Mylio *Lipſ.* 1685. Et diſtinguendam eſſe videtur, an actio nova ad idem tendat, quod petebat & petitura erat exceptio? an non? Poſteriori caſu locus dabitur actioni, ſive oppoſita, ſive omiſſa, ſive rejecta, ſive deſerta fuerit. Exemplum eſt in exceptione ſpolii, quam ut per modum actionis intentes, nunquam prohiberis, cœpto etiam jamjam nec dum finito ſuper eadem re petitorio, per *c. 5. X. de cauſ. poſſ. & propriet.* Georg. Franzk. *Exercit.* 14. *qu.* 3. Imo expediet aliquando id feciſſe. Agendo enim & petes & impetrabis reſtitutionem poſſeſſionis ablatæ per judicem expediendam, cum excipiendo non plus obtineas, quam ut ſuſpendatur actio contra te inſtituta, donec reſtitutus in poſſeſſionem fueris. Quid? nec petere licebit excipiendo, ut ipſa hac reſtitutio injungatur Actori, niſi velis & effectum ſuſpenſionis ſimul perdere. Vid. Exc. D. D. Barth. Leonh. Schwendend. *Proceſs. Fibig. p. m.* 372. *n.* 192. *& p.* 355. Bened. Carpz. *Proc. tit. 9. art. 6. n.* 30. *&* 36. Si vero tendat nova actio ad idem id, quod antea petendum erat excipiendo, ut ſcilicet aut aut plane tollatur, aut minuatur actionis prioris intentio; Qualis caſus obvenit in exceptione impenſarum nunc per actionem contrariam ex eodem contractu bilaterali oriundam petendarum, tunc omiſſam quidem exceptionem, ſemper adhuc per modum actionis reſtitui poſſe credo, ſive eodem,

sive diverso experiendum sit procedendi modo, vel summario executivo vel ordinario. Cum iterum non possit dici judicatum esse super puncto, qui in litem nondum erat deductus. Rejectam vero exceptionem quod spectat, eo tantum in casu remedium hoc concedo, si rejecta est ideo, quod in continenti probata non erat. Quorsum pertinet ea, quæ in processu executivo, vel etiam in ordinario per modum litis ingressum impedientis opposita non tamen satis probata est. Eo enim in casu, super modo saltem probandi in isto processus articulo non satis quadrante, non vero super jure ipso vel meritis causæ judicatum erit, indeque nec hic dici poterit, causam ipsam sententia decisam esse. Hinc solent quandoque tali in casu Collegia sententiis addere clausulas, in puncto quidem litis contestationis; Es bleibet aber Beklagtem seine Exceptiones nach der Krieges-Befestigung zerstörlicher Weise vorzubringen, unbenommen, vel in processu executivo: und wird Beklagter mit seinen Exceptionibus in die Reconvention oder zu besonderer Ausführung billig verwiesen. Et mallem ego in causa ardua petere statim ante sententiam eventualiter, ut clausula ista huic inseratur. Licet enim ea omissa ipsa non pereat exceptio, securior tamen à multæ litis periculo hac ipsa reddetur Reus. Si vero in casibus nunc dictis ab Actore affirmata vel à Reo in continenti sat probata, aut si ibi opposita fuerit exceptio, ubi ordinaria probatio admittenda erat, non repeti poterit ea per modum actionis. Nam cum in his casibus super meritis causæ pronunciatum esse liqueat, omnino rei judicatæ exceptio novæ actioni oberit, vid. *l. 7. §. 1. ff. de compens.* Bened. Carpz. *part. 1. const. 8. def. 5. n. 4.* Joh. Zang. *de Exceptionibus part. 3. cap. 17. n. 69.* adde *Disputationem sub Illustri Dn. Præside habitam, de caus. incid. c. 6. §. 5.* Cautelam hinc expertus sum proficuam pro Actore, ubi exceptionem litis ingressum impedituram, licet nondum probatam, tamen & admisi & affirmavi facilis; Quo facto, cum nihilominus super litis contestatione pronunciaretur, tutus eram, exceptionem istam non amplius mihi nocituram esse inter peremptorias, cum facile monstrare potuerim, super ipsis meritis illius exceptionis jamjam esse cognitum. Si deserta fuerit exceptio, & quidem in processu executivo, iterum novam tamen actionem Reo largiar, in processu ordinario expediendam. Nec enim quid amplius deseruisse dicetur Reus, quam probationem in continenti liquidam, vid. *Disp. supra allegata de articulis elisivis th. 36. 37.* Illam vero quæ deserta est

in processu ordinario, nollem admittere, ut actione nova denuo resuscitetur, per ea, quæ allegavi in §. præcedenti ex Carpz. *lib.* 2. *resp.* 4. Cautus ergo iterum sit Advocatus, ne quasvis petitiones adversus Actorem sibi competentes corradat, & per modum exceptionis objiciat, sæpe etiam causæ isti nequaquam connexas; quod sæpe fit in compensationibus. Aut si objecerit, curet, ut judex desuper pronuncians eam peculiari actioni reservet. Quod monitum est Ben. Carpz. *part* 1. *const.* 8. *def.* 5.

§. XXX.

Illud hic notandum adhuc de foro Saxonico, quod omissa etiam exceptio, quæ opponi poterat, non tamen deduci possit in forum, nec peculiari etiam actione coram judice alio eapropter intentata, antequam actio prius instituta & finita, & ei, quod judicatum est in ista, satisfactum fuerit, si scilicet ex causa connexa profluat. Idque ideo, ne scilicet fraus fiat legi Saxonicæ, quæ prohibet reconventionem, ex capite connexitatis causæ concessam, durante adhuc conventione, tractare. Quam in rem clara satis est *Const. Elect. Sax.* 7. *P.* 1. *& Ord. Proc. Elect. Sax. tit.* 6. §. Wie es mit der Wiederklage vid. Bened. Carpz. *Lib.* 2. *Respons.* 40. Ac proinde neutiquam actio ex contractu ἀπλευρο orta institui poterit, si alter contrahentium actionem alteram, sive directam sive contrariam ex eodem contractu oriundam jam prius instituerit eoque ipso adversarium prævenerit. Omnem enim actionem ex eodem contractu descendentem exceptionem dare contra actionem alteram, causamque connexam dici, certum est, quod probatum dat late Joh. Zang. *de Exceptionibus P.* 2. *c.* 1. *n.* 187. *seqq.* ubi & de reliquis causis, quæ connexæ, quæ separatæ sint, differitur. Illam certe causam, quæ per modum exceptionis opponi quidem poterat, non tamen connexa sed separata est, qualis sæpe est exceptio compensationis, etiam in foro Saxonico simul cum actione priori tractari posse, probat solidissime Bened. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 41. Lud. Gunth. Martini *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 6. §. 1. *n.* 34. *seqq.* Non tamen quadrabit hic §. foris Magdeburgicis, cum in his, ut in reliquo jure communi, conventio & reconventio simultaneo processu expediri & possint & debeant, juxta *Ord. Proc. Magdeb. de anno* 1686. *tit.* 19. §. 2. *ut & Declarationem ejusdem de anno* 1696. *tit. eodem.*

§. XXXI.

§. XXXI.

Et Reconventio igitur in foro Saxonico ansam dabit, de novo exceptionem in processu amissam in litem deducendi, licet & ista in sententia conventionis expresse petita quidem, nec tamen reservata fuerit. Et repetitum hic volumus omne id, quod de casu & omissarum & rejectarum exceptionum dictum in §. 29. De his junge sis Schwend. *Proc. Fibig. part.* 1. *c.* 2. *p.* 774. Circa desertam exceptionem hic contrarius esse videtur *p.* 775. quem tamen pariter ac Berlich. ibi citatum *part.* 2. *dec.* 171 de solo isto casu intellectum vult Disp. laudata *de Art. Elis. sub* D. Bergero th. 36. *seqq.* si deserta fuerit exceptio in processu executivo. Cautelam hic addere juvat præceptam ab eximio Bergero *in Elect. Proc. Exec. th.* 37. §. 47. Ne scil. patiatur Advocatus exceptiones oppositas, actioni non affines, per sententiam in reconventionem ablegari, in quo sæpe fallere pronunciata, notat JCtus experientissimus, sed si id contigerit, per leuterationem petat, ut potius reservetur exceptio separato judicio. Multum enim interesse, utrum factum sit, fatebitur iste, qui pensitabit reconventionem in Sax. nostra non nisi causa penitus finita, & quidem coram eodem judice institutum iri, cum separatum istud judicium pendente etiam adhuc conventione in foro alio intentari possit.

§. XXXII.

Si non superfit remedium in jure, quod restituat exceptionem amissam, refugiet Reus ad gratiam Principis. Etenim si manifesto probari poterit, defraudatum esse hunc exceptionibus suis, per solum fatalium lapsum, adeoque morosum Actorem inique exigere, quod sibi non debetur, Legislatori omnino erit integrum, læsum contra fatalia, non nisi à sua lege dependentia, restituere, quippe cui potestatem dispensandi contra leges mere civiles asserimus, si æquitas id postulaverit, nec adversarius de jure vere sibi competente illo ipso deturbetur. Et hoc in specie Dd. extrahi vocant in sufflationem spiritus vitalis, quam phrasin Accursio tribuunt *in L. ab hostibus* 15. §. *sed quod simplic*i*ter. fin verb. Restitutionis ff. Ex quibus causis majores.* vi cujus juris Princeps actioni vel exceptioni mortuæ spiritum vitæ insufflare potest, ita ut vigorem pristinum consequatur non obstante lapsu alioquin fatali. Camill. Borell. *summa decis. Tom. I, tit.* 64. *n.* 17.

 & seqq.

& seqq. Don. Garsias Marsillus *lib. 3. decis. 291. n. 13. & 17.* Natta *vol. 3. consil. 636. n. 76.*

§. XXXIII.

Triste adhuc superest remedium, Denunciatio scilicet Evangelica, qua Reus per strictum jus coactus solvere indebite utetur ita, ut coram Consistorio ecclesiastico petat Actorem iniquum ad beneficia ecclesiastica prius non admitti, quam id, quod extorsit, restituerit sibi læso, fundans petitionem suam in eo, quod peccatum non tollatur ante, quam injuste ablatum restitutum est. Quo de remedio agit Joh. Brunnem. *Jur. Eccles. lib. 3. cap. 6. §. 9. & cap. 9. §. 6.* Exemplum refert talis denunciationis anno 1650. factæ Advocatus famigeratissimus D. Heinrich Zipfel *in tractatu* von Wechselbriefen *nuper edito*, in quo prolixe disputatum invenies fori competentiam, libellum leges *p. 655.* ejusque supplementum *pag. 667.* decretum, quod Reis juramentum super libello delatum injunxerat *pag. 683.* & tandem sententiam pro confessis hos declarantem *pag. 685.*

En igitur theses, quas de materia proposita volante calamo conscripsi. Nec restat quod nunc moneam ulterius quam hoc, quod nolim persuaderi lectori, omnia hic congesta simul esse congrua foris Brandenburgicis, quo forte quem seducere posset dissertatiunculæ titulus, in Academia hac typis impressus. Sed potissimum respexi forum Electoratus Saxonici, in quo per plures annos versatus fui. Finis igitur esto cum voto, ut nulli imposterum prosit labor hic meus, hoc est, ut vulnus nemo experiatur, cui remedium sit quærendum. Interea unusquisque, qui conscientiæ suæ vulneribus ex originali pariter peccato & quotidiano vivendi genere contractis, medicum parare cupit, mecum, post agnitam corruptionis suæ molem seriamque contritionem, ad vulnera Salvatoris nostri recurrat, & æternam ibi reperiet medicinam.

Dis-

Digitized by Google

Dissertatio de eo quod extremum judicialem Actum seu Executionem sistit & differt, germ. von Hemmung der Gerichtlichen Hülffe/ oder Vollstreckung der Urtheile/ Præside JOHANNE AMSELIO, J. U. D. Profess. designat. Extraord. & Suprem. Boruss. Judiciorum Advocato, in Academia Regiomontana, JOH. CHRISTOPHORUS AURBACH, Longosaliss. Thuring. ad diem 30. Aug. Anno MDCXCVI.

PROOEMIUM.

§. I.

EXtremum judicialem actum, aut uno nomine executionem, germ. die Gerichtl. Hülffe, Vollziehung des Urthels, qua victus à Judice competente ad id, quod per sententiam pronunciatum est, præstandum aut patiendum adigitur Struv. *Exerc.44. th.17.* magna cum difficultate obtineri & ad effectum perduci, omnes judiciariam materiam tractantes testantur, frequentesque illorum comprobant querelæ, qui postquam in causa tandem post tantum temporis lapsum, tantasque devoratas molestias impensosque sumptus victricis sententiæ triumphum reportaverint, rerum tamen judicatarum consummationem impetrare haud queant; dum proh dolor! hoc seculo litigioso, fine per sententiam liti imposito, nihilominus novus executionis processus vincentibus formandus, idemque rursus exercendæ litis orbis volvendus; unde contingat, ut ab integro lis finita iterum inchoanda, inductaque litis cicatrix exulceranda, lite ex litis primæ materia propullulante, quod monentibus Imperatoribus Honorio & Theodosio in *l. 3. C. de fruct. & litium expens.* est grandenefas. Exigit vigor & rigor justitiæ suum cuique tribui, & sententias citius mandari executioni, & edicta magistratuumque decreta haud esse elusoria, *l. 75. ff. de Judic. l. un. pr. ff. si quis jus dicenti non obtemp.* Sententiam latam legitima sequatur executio, ut matrem filia, ut effectus causam: præstat litem non determinare, quam bene determinatam non exequi. Coler. *de Proc. execut. in praef. num. 4. & 5.*

sunt

sunt leges pariterque sententiæ sine executione quasi campanæ sine pistillo, *t. t. C. de execut. Rei Jud.* Daniel. Moller. *ad Constit. Saxon.* 32. *n.* 2. Carpz. *part.* 1. *const.* 32. *def.* 1. Quapropter haud sine causa Provinciarum Præsidibus & Judicibus est injunctum, usitato more Legum, rebus pridem judicatis adhibere effectum *l.* 32. *C. de transact.* sententiasque mandare executioni; quam qui implorati & requisiti denegant, aut qui sonticas citra causas in victoris præjudicium & victi emolumentum temere differunt, competentibus remediis ad extremum in Jurisdictione perficiendum, à superiori non tantum compelli, sed in factum actione de omni damno, per executionis injustam cunctationem parti illato, resarciendo, proprio Jure conveniri possunt, *l.* 19. *& in fin. C. de testib.* Carpz. *part.* 1. *const.* 32. *def.* 1. *&* 2. Ubi & ita judicatum esse duobus testatur præjudiciis ibi: So wär er euch den zugefügten Schaden und Interesse zu erstatten schuldig. Imo executionis actum remorantes subjacent quoque pœnæ arbitrariæ & mulctæ, eo graviori, quam & merentur, si à superiori exequi jussi, id facere neglexerint. Vid. Ord. Proc. Elect. Sax. *tit.* 39. & Berl. *part.* 1. *cap.* 79. In hoc *Prussiæ* Ducatu, quo intemeratæ celerisque justitiæ administratio non minus, quam in aliis provinciis ac regnis viget floretque, pariter haud integrum est judicibus in executione esse negligentes, severa in eos, qui negligentiæ & moræ convicti, sancita pœna. Conf. Pr. Land-R. *lib.* 1. *tit.* 47. *art.* 2. §. 2. 16. sub pœna quantum interest actoris, executionem non esse factam, oder 200. fl. Ungersch, die der Judex halb unserm Fisco, halb dem Parth erlegen soll, so offt er über drey Wochen die Execution auf gebührliche Ansuchung verzögern würde.

§. II.

Quæ hactenus tamen deducta non eo tendunt, quasi judex nunquam post latam sententiam executionem remorari possit, aut nil plane, quod eam sistat, admittere, aut quod Judex omnino ad executionem præpostere properare debeat; utroque casu peccat, si non uno excessum, altero defectum evitare sedulo caveat. Nimium quantum à justitiæ tramite recedunt, ab executione processum, absque prævia citatione, litis contestatione, probatione & sententia inchoantes & non servato Juris ordine procedentes contra Severi & Antonini Impp. prohibitionem in *l.* 1. *C. de Execut. Rei Jud. nimis propere*, iniquiunt,

quiunt, *Judex pignora Marcellæ capi ac distrahi jussit ante rem judicatam: Prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas, & causa cognita sententiam accipias.* Eandem præposterationem inhibet & prohibet Jus Prutenicum, *lib.* 1. *tit. ult.* §. 1. *pr.* ibi: Vor allen Dingen ist zu wissen, daß keine Execution geschehen mag, es sey denn Res Judicata mediante legitimo processu & judicio vorhergegangen. Concordat jus Saxonicum *tit.* 39. *Ord. Jud. Sax.* von der Execution. ibi: Wenn ein gesprochen Urthel seine Krafft erreichet. Itaque omnino Judici ab omnibus iis, Processus initio, acquiescendum, quæ saltem executionis speciem præ se ferant, qualia sunt arrestatio, sequestratio, bonorum consignatio & descriptio, præceptum de non alienando, &c. *t. t. C. de Prohibit. sequest.* Mev. *part.* 2. *dec.* 299. *n.* 1. & *part.* 3. *dec.* 315. Idem tract. *de Arrest. c.* 1. *n.* 6. Brunnem. *ad L.* 58. *ff. de Re Jud.* & multo magis ab ipsa executione, quæ ne quidem in summario processu, ubi levato velo, ambagibus præcisis, proceditur, causa non satis cognita, & discussa, partibus non auditis locum invenit, cum nec ibi processus substantialia sint negligenda, sed ea, quæ Juris gentium pariter observanda. Clementin. *sæpe de V. signif.* Carpz. Process. *art.* 1. *n.* 32. & Jurispr. forens. *part.* 1. *const.* 2. *dec.* 17. Lauterb. *tit. ff. de Jud.*

§. III.

Nec minus à via Juris deflectunt, post sententiam latam nihil plane ad executionis cursum sistendum admittentes, cum tamen id, quod in executionis actu opponitur, ita à Jure stabilitum sit, ut executionem remorari possit, & debeat.

§. IV.

Denique nec illi suo judiciario rite defunguntur munere, qui reorum partibus, cæteris paribus, favorabilioribus, in tantum favent, ut ad quascunque preces & qualemcunque allegatam causam executionem differant & suspendant, ubi tamen legitime singula, quæ ad rerum judicatarum consummationem requiruntur, antecessere, & ordo procedendi à Jure præscriptus ad amussim est servatus. Nunquam non cordato Judici eo prospiciendum, ut quasi rosa inter spinas fulgeat, seduloque caveat, ne quid durius aut remissius,

quam causa deposcit, constituat, neve aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus, aut moribus est proditum, eleganter monente JCto in *L. 11. ff. de pœn.* & severe jubente Imperatore in pr. *Inst. de Off. Jud. & L. 13. C. de sent. & interlocut.* Sin aliter, dependet pœnas, Legibus irrogatas: Inveniet iste & DEUM & cœlestes omnes atque incorporeas potestates sibi nunquam non adversantes. Immature ex hac vita excidet, quam excedet, incommodis insuper afficietur perpetuis, ipsius ædium fundamenta ignis tandem devorabit, & posteritas eo redigetur inopiæ, ut panem ostiatim quæritet, & jure optimo ex *Impp. Leonis & Alexandri* sanctione, quæ inter imperiales constitutiones in Corpore juris annexa deprehenditur. Mihi Academicam conscripturo disputationem, & in themate eligendo occupato, varia quidem occurrerunt argumenta, sed magis sua antiquitate, subtilitate & varietate, quam practica utilitate se commendantia. At memor præcepti Imperatoris in *proœm. Instit. ne quid quod in ipsis non obtinet rerum argumentis addiscatur*, & JCti Pauli in *l. 25. ff. de liberat. legat, ut ea, quæ quotidiana, plenius attingantur*, cum non scholæ, sed vitæ discendum, tandem elegi executionis fructuosam & practicam materiam, quam, quantum per temporis otia & negotia concessum, ad exercendas tenuis ingenii vices, brevibus hisce delineabo lineis, *quænam ad instantem executionem tum in Civili, tum in Criminali & Matrimoniali causa differendam propitio Jure opponi possint, vel à Judice non mereantur attendi*, ostensurus.

§. V.

Ad rerum judicatarum executionem impediendam aut avertendam, cum ignominiosa nimis sit executio, partes succumbentes creberrimo, sub justi & æqui colore & velamine, non erubescere, iniqua & injusta petere, deque injustis elabendi mediis esse sollicitas, contra *l. 3. C. de prec. imp. offerend.* satis constat iis, qui curiis supremisque judiciis præsunt, aut in foro versantur, ut horum prolixa hic opus non sit deductione. Quid frequentius quam in ipso executionis actu ad alias saluberrimum appellationis remedium provocare, executionisque inhibitionem postulare, judicique obtrudere, *regali appellandi superioritatique Principis derogari, appellationis denegatione.* Has tamen querelas & provocationes cordatus Judex, quem juxta moni-

monitum Chrysippi apud Gell. *lib.* 14. *Noct. Att. c.* 4. gravem, severum & contra improbos nocentesque immisericordem atque inexorabilem esse oportet, susque deque habere potest, salva Superioris autoritate, illæsoque ejus jure, utut iniquis provocantis postulationibus non fuerit delatum. Non est superioritatis & Regalium violator, leges præscriptas exacte observans, dum legum minister, non arbiter constitutus, *c. forus. §. Judex. x. de V. S.* Tanta est rerum judicatarum autoritas, ut nec à Principe rescindi possit, arg. *l.* 4. *C. de emancip. & t. t. C. sent. rescind. non posse. Abdicarunt Imperatores*, ut sunt verba magni JCti Mevii, in *part.* 7. *dec.* 1. *n.* 8. *in res judicatas potestatem, nec superest licentia illas legitimis remediis revocandi.* Res enim judicata pro Jure est, etsi injusta, naturalia vincula sanguinis mutat, de indebito facit debitum, falsumque transfert in verum, de non ente ens, de albo nigrum, & nigro album, ut Dd. loquuntur, constituit. Conf. *l.* 270. *ff. de R. J.* Mev. *part.* 3. *dec.* 104. *& part.* 2. *dec.* 22. *n.* 13. *& part.* 7. *dec.* 107. *n.* 2. non quidem essentialiter, sed quoad effectum, facit *l.* 1. *§.* 5. *ff. qui falso tut. aut.* Mejer. *Coll. Jur. Arg. tit. de Re Jud. D.* 73. Frustra itaque formidabilem rerum judicatarum effectum aut executionem appellans impedire conatur, cum rebus judicatis standum, etsi male judicatum, *L.* 1. *C. de Re Judicat. L.* 8. *C. de Sent. & Interlocut.* & non amplius quærendum, an debeatur, sed saltem an judicatum, *L.* 56. *ff. de Re Jud. L. pen. C. eod. Si tibi displicuit sententia, cur non appellasti, appellare enim debueras, si licitam provocationem omisisti perpetuo silere debes*, rescribunt Imperatores in *L.* 1. *C. si sæp. in integ. rest. post.* & Pontifex in *C.* 15. *x. de Sent. & Re Jud. Sententiæ videtur paruisse, qui ad provocationis subsidium intra legitimum tempus non provocavit.* Est quidem sententiæ effectus satis magnus, vincitur tamen à rebus judicatis.

§. VI.

Discernimus usu hodierno forensi & Jure Canonico *sententiam & rem judicatam*, hoc enim jure sententia non prius in rem judicatam transire dicitur, quam post decem dierum spatium, *C.* 13. *&* 15. *x. de Sent. & Re Jud.* quo appellandi facultas est præcisa. *Nov.* 23. *c.* 1. Mejer *Collect. Jur. Argent. tit. de Reb. Jud.* §. 3. sed Jure nostro Civili non perverse sententia lata decennii lapsu nondum corroborata, rei judicatæ nomine potest insigniri, *l.* 7. *pr. l.* 11. *ff. de transact. l.* 40. *§.* 1. *ff.*

 de

de pact. l. 14. *C. de appellat.* Wissenb. *disp. ff.* 21. §. *Ut res judicata dicatur*, sunt verba JCti Rittershusii *de Different. Jur. Civil. & Canon. l.* 5. *c.* 24. *non jubemur expectare lapsum duorum, trium vel hodie ex Jure Novissimo decem dierum, & ut intra id spatium non fuerit appellatum, sed potius ab eo momento, quo Judex pronunciavit sententiam, statim res judicata esse dicitur:* putat quoque allegatus Rittershusius, neminem veterum JCtorum sententiam in rem judiciatam transire, esse locutum, nec sanam, ut ita loquamur, admittere rationem. Sed quicquid sit, non tam de verbis, quæ ex usu, ut nummi valent, hic sumus solliciti, sed de rebus ipsis. Est certum, sententiæ effectum appellationis interpositione suspendi, & citra summi Regalis appellandi, superiorumque judiciorum autoritatis violationem, citraque attentati vitium, non posse tum executionem peragi. Ipsius quidem Judicis potestas in sententiam semel latam nulla est, non tamen æque Superioris, ad quem provocatum. Ipse Judex sententiam suam rescindere aut mutare non potest, ne quidem eodem adhuc die, *L.* 61. *ff. de Re Jud. & Effect. sent.* partim, quia sententia lata alteri parti jus est quæsitum, quod illi utique sine suo facto non potest auferri, partim, quod Judex sententia dicta talis esse desinat, seu bene, seu male suo officio functus, *l.* 55. *l.* 62. *de Re Jud. l.* 65. §. 2. *ff. ad SCt. Trebell.* partim, quia publice interest, sententiam non rescindi propter rerum judicatarum autoritatem, *l.* 65. §. 2. *ff. ad SCt. Trebell.* Quod intelligunt DD. sive sententia dicta sit à Judice dato; sive ab ipso Prætore, *l.* 42. *ff. de Re Jud.* sive etiam à Judice illustrem dignitatem habente, sive sit in causa civili, sive criminali, *l.* 45. §. 1. *d. t. l.* 9. §. 11. *l.* 27. *ff. de pœn.* sive partes omnia, quæ in judicio prodesse potuerunt, allegaverint, sive eorum quædam omiserint, & condemnatæ fuerint, exceptionibus competentibus ex incuria non oppositis, *l.* 2. *C. sent. rescind. non poss.* Non tamen est prohibitum Judici ordinario sententiam, si obscura, interpretari, Conf. Brunnem. *Process. Civil. cap.* 27. *n.* 55. *seqq.* & quæ dictæ jam sententiæ desunt, & ad ejus consequentiam respectu condemnati vel absoluti rei spectant, supplere, v. g. si usuræ, expensæ aut aliæ accessiones in sententia sint omissæ, *l.* 3. *C. de fruct. & lit. expens.* modo eodem die id Judex faciat, *l.* 35. §. 1. *ff. de Rei vind. l.* 42. *ff. de Re Jud.* Brunnem. *ad l. alleg.* Mev. *part.* 3. *dec.* 420. *num.* 6. Neque, interlocutoriam sententiam corrigere, ei prohibitum esse volunt,

Digitized by Google

volunt, sive augere, minuere & retractare, cum hac lata Judex maneat usque ad definitivam, *l.* 14. *tit. alleg.* Mev. *part.* 2. *dec.* 374. *n.* 3. Brunnem. *ad l.* 14. *d. tit.* quod impugnat Schwendendörf. in not. ad Ekolt. *tit. de Re jud. & de Effect.* Jure Prutenico in sententia definitiva, non vero in mere interlocutoria, quæ non definitivæ vim habet, mutandi & corrigendi potestas est exclusa. Pr. Land-R. *lib.* 1. *tit.* 42. §. 2. *ibi:* Und solche Beyurthel kan der Richter selbst aus bewegenden Ursachen wiederruffen, cassiren und umstossen.

§. VII.

Quam parum in executionis actu interposita proficit appellatio, ita nec magis *Principis Rescripta* operantur, & executionem rerum judicatarum sistunt. Quoniam manifesti est Juris, moratoriis ambagibus suspendi non debere executionem, *arg. l.* 7. *de execut. rei jud.* Mev. *part.* 2. *dec.* 195. hinc ejusmodi rescripta contra res judicatas ad earundem executionem impediendam à Superiori impetrata non possunt non sub- & obreptitia censeri *arg. t. t. si contra jus l. publ. utilit.* Mev. *part.* 2. *dec.* 195. *n.* 11., neque Judicem, si quod fieri non debeat, emanaverunt, coarctare possunt, ut ea attendat. Mev. *part.* 7. *dec.* 1. *n.* 1. *part.* 3. *dec.* 160. *n.* 2. Inviolabilis est judicatorum autoritas, nec debet per superiores illa labefactandi & eludendi præberi occasio. Qui contra rem judicatam rescripta impetrare haud veriti, pœnam patiuntur, ut omnem litis æstimationem solvant, *l.* 2. *C. ut lit. pend. vel post provocat. aut definitivam sententiam nulli liceat Imperatori supplicare,* ignominiæ pœna, quæ hodie videtur cessare. Brunnem. ad *l. f. C. sent. resc. non posse,* afficiantur, & desiderio careant. Mev. *part.* 2. *dec.* 195. *n.* 8. & *part.* 1. *dec.* 180. *n.* 5. Juris quoque Prutenici sanctio minime patitur executionis actum literis moratoriis, mandatis & inhibitionibus impediri, & cursum justitiæ sisti, sed & partem impetrantem arbitraria pœna, retardatique processus expensarum refusione punit, neque Judex ea, nisi litem suam facere velit, attendere potest aut debet. Pr. L. R. *lib.* 1. *tit.* 47. §. 1. *ibi:* Sintemahl die gantze Justitia darauf beruhet, die mit einseitig erhaltenen Literis moratoriis, Mandatis & Inhibitionibus nicht gehemmet werden mag, und welcher Richter solcher Inhibition und Mandaten nachlebet, die Parthey damit à via Juris abführet, oder die Justitiam remoriret oder impediret, is

litem suam facit, und welche Parthey solche Rescripta oder Mandata, durch welche der Cursus justitiæ, es sey in executione oder sonst in processu und cognitione retardiret, werden könte, von uns oder unserer Regierung in tergum partis auswürcken würde, dasselbe soll jedesmahl deßfalls würcklich gestraffet werden, und dem Gegentheil die Expensas retardati processus zu erstatten schuldig seyn. P. L. R. *lib.* 1. *tit.* 24. *a.* 19.

§. VIII.

Licet vero, ut satis deductum, & omnium maxime stabilitum *l.* 4. *ff. de appell.* ab ipsa executione non appelletur, ab ejus tamen excessu appellari posse, ex *l.* 5. *C. quorum appellat. non recip.* erudimur, sicut JCti uno ore, teste Mevio *part.* 11. *dec.* 145. concludunt. Est verò executionis excessus appellabilis, si ultra id, quod judicatum fuit, progreditur executio, & aliud venit in executionem, quam fuit in sententia, quæ est stricti juris, *l.* 1. *C. si plures una sent.* v. g. contra condemnatum in centum extendatur executio super ducentis, Mev. *part.* 8. *dec* 207. Carpz *lib.* 3. *resp.* 127. *n.* 15. Aut si pro executione ampliora multo capiantur, quam debentur Mev. *part.* 1. *dec.* 74. cui etiam propria autoritate resisti potest. *arg. l.* 5. *C. de executor.* ibique Gothof *l.* 12. *tit.* 61. *l. fin. C. de discuss. l.* 10. *tit.* 30. *l.* 5. *C. de Jure Fisci. lib.* 10. Mev. *part.* 3. *dec.* 108. Aut si fiat immissio in rem magnam, cum modica sufficeret, & in alias res & plures, quam pro debito, cujus causa fit executio, necesse est, extendatur. Mev. *part* 3. *dec.* 82. *in fin.* Aut pervertatur ordo executionis præscriptus in *l.* 15. §. 2. *ff. de Re Jud.* & damnum inde sentiat debitor, v. g. si prius capiantur immobilia vel jura, quam mobilia contra *l. alleg.* 15. Mev. *part.* 3. *dec.* 53. *in fin.* & *part.* 2. *dec.* 177. Aut si executio fiat ante quadrimestre spatium contra *l. fin. C. de usur. rei jud.* aut pervertatur sententiæ sensus. *l.* 4. §. 1. *ff. de appel.* Mev. *part.* 3. *dec.* 264. *n.* 3. Nec minus est executionis excessus, si id, quod circa executionem constituunt Jura, & juxta ejus indolem in executione opponi potest, negligatur, quo opposito & rejecto non potest non esse justa appellatio. Mev. *part.* 1. *dec.* 145.

§. IX.

Varias per ultimum executionis excessum intendimus exceptiones, quæ in ipso executionis actu ad illam impediendam opponi possunt,

Digitized by Google

sunt, quæ, si rejectæ, faciunt locum appellationi. Mev. *part.* 7. *dec.* 214. *part.* 6. *dec.* 134. Non enim potest exceptionis rejectio fieri sine aliquo gravamine, quia defensionis species *pr. inst. de except.* quam alicui adimere juri naturali repugnat. Mev. *alleg. loc.* & *part.* 11. *dec.* 145. Ut autem brevibus declaremus, quæ sint illæ exceptiones, rerum judicatarum consummationem impedientes, nonnullæ præmittendæ sunt regulæ. Quarum (1) sit: *Quæcunque exceptiones sententiæ non sunt contrariæ, eam non impugnant, neque iniquitatis aut injustitiæ arguunt & contra actionem opponuntur, executionemque respiciunt, illamque tantum modificant, aut temperamentum adferunt, illæ coram eodem Judice in ipso executionis actu locum habent, & à Judice priori, sententia non obstante, attendi possunt & debent.* Ut colligunt DD. ex *l.* 41. §. *fin. ff. de Re Jud.* & ex *l.* 1. *C. eod.* ex qua tamen hæc regula, ut putat Brunnem. firmiter non probatur. Conf. Mev. *part.* 2. *dec.* 329. & *part.* 7. *dec.* 276. *part.* 3. *dec.* 186. Gail. *lib.* 1. *obs.* 113. *n.* 4. & *lib.* 2. *obs.* 17. *n.* 9. Brunnem. *ad l.* 41. *ff. de Re Jud.* Zanger. *lib.* 3. *de except. C.* 26. *n.* 96. Coler. *de Process. execut. C.* 1. *p.* 4. *n.* 150.

§. X.

Ordo nunc exigit, ut regulam modo traditam & DD. Practicorum autoritatibus satis stabilitam exemplis illustremus potioribus. Spectat huc (1) tanquam paratæ executionis impeditiva *exceptio competentiæ beneficii:* Est executionis natura, ut debitor in solidum usque ad ultimum teruncium. *arg. l.* 1. *C. qui bon. ced. poss.* Coler. *part.* 2. *consl.* 3. *n.* 116. Covar. *lib.* 2. *Var. resolut.* 1. *n.* 5. vel ut alii loquuntur, ad baculum, saccum & peram, nullo relicto denario excutiatur. Mev. *ad Jus Lub. l.* 1. *lib.* 3. *a.* 1. *n.* 24. attamen adversus omnes indiscriminatim debitores hanc exercere executionis duritiem, inhumanum & incivile fuit visum? hinc quibusdam personis, v. g. Parentibus & liberis, Patronis, matri, Donatoribus, sociis tam particularibus, quam universalibus, *l.* 63. *ff. pro socio.* Militibus armatæ militiæ, quid? per interpretes nobilibus & in illustri dignitate constitutis, nec non Doctoribus, Magistris, Advocatis & Scholaribus, Civitatibus, Debitoribus aliquo infortunio calamitosis & depauperatis, &c. instar insignis & clementiæ plenissimi privilegii est tributum. Carpz. *part.* 1. *const.* 31. *def.* 16, 17. 18. & Process. *tit.* 35. *art.* 6. *n.* 35. Richter. *Decis.*

cis. 24. ne ipsis in executione ob debita ex contractu (in causis enim ex delicto descendentibus competentiæ exceptio cessat, *l.* 52 *& ult. ff. de Re Jud.*) omnia bona auferantur, sed ad sese honeste exhibendos & egestatem evitandam sufficiens relinquatur portio, cujus determinatio, pro personarum qualitate facienda, discreti Judicis arbitrio relinquitur. *l.* 13. *ff. de adminiſt. tut.* Nobilibus enim majora & delicatiora sunt constituenda alimenta, quam ignobilibus & plebejis. Coler. *de Processf. execut. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 121. Wesenb. *part.* 1. *cap.* 50. *n.* 21. non enim coguntur vesci, ut pauperes, sed iis relinquatur, unde pane albo, pullis & delicatis cibariis uti possint, inquit Tiraq. *de Nobilit. C.* 20. *n.* 142. tenuioris sortis, pane atro, cepis, caseo & fabis vescantur, inquit Gloss. *in L.* 99. *ff. de legat.* 3. His ergo personis privilegiatis, si rei judicatæ immineat executio, possunt, ne in solidum usque ad ultimum denarium excutiantur, in ipsa executione se hac exceptione tueri, efficereque, ut temperamentum adhibeatur, tantumque, ne egeant, relinquatur. *l.* 41. *in fin. ff. de Re Iud. l.* 15. §. *fin. l.* 17. *ff. solut. matrim.* Zang. *de except. part.* 3. *cap.* 15. *n.* 2. & *part.* 3. *cap* 26. *n.* 99. Sin minus, superest appellatio. Hac ipsa tamen exceptione non in totum tollitur executio, sed pro parte tantum, & ad tempus suspenditur, viresque iterum exerit, si ad pinguiorem pervenerit fortunam, nunc, in quantum facere potuit, excussus.

§. XI.

Ad hujus indolis exceptionem (2) referimus *Exceptionem Dationis in Solutum* & *Cessionis Bonorum.* Est in solutum datio non tantum liberandi modus, *l.* 17. *C. de solut.* sed & hodie, sunt verba JCti Mevii, *part.* 6. *dec.* 154. executionem evadendi medium. *Novell.* 4. *c.* 3. *auth. hoc nisi debitor C. de solut.* ideo istius oblatio, & de hac exceptio in ipsa executione locum obtinet, eamque suspendit, si spreta, in ipsa executione est admittenda appellatio, non tanquam ab executione, sed causa concernente exceptionem circa executionem admissibilem. Mev. *all. loc.* & licet debitum sit confessatum, dum tamen illud non impugnatur, sed de modo satisfaciendi quæstio, est admittenda appellatio. *alleg.* Mev. Abs in solutum datione *Cessio Bonorum* quidem distincta est, in eo tamen videtur convenire, quod & ejus exceptio rerum judicatarum executionem impediat. Suggeritur debitori executio-

cutionem metuenti hæc cautela, ut, si unum creditorem sibi adeo molestum & rigidum contra *l.* 33. *ff. de Usur. l.* 25. *de Pign. act.* videat, ut ejus impetum amplius repellere nequeat, provocet ad concursum, sive cessionem bonorum, quo facto, cum reliquorum creditorum summopere intersit, executionem non fieri, & quoque per cessionem vel bonorum oblationem communis omnium creditorum causa fiat, merito executionis actus differtur & sistitur. Conf. *l.* 1. §. *an potest ff. de pecun. constit. l.* 6. §. 1. *ff. quib. mod. pign. solv.* Mev. *part.* 5. *dec.* 26. & *part.* 6. *dec.* 103. 104. 105. modo tamen ante executionis terminum hæc oblatio vel cessio bonorum sive provocatio ad concursum fuerit facta. Carpz. *Process. tit.* 25. *a.* 6. *n.* 2. Stryk. *in Introd. ad Prax. forens. cap.* 24. §. 6. quod diserte est approbatum à Sereniss. Elect. *Sax. Process. ord. tit.* 39. §. Weil sichs auch wohl zuträgt / daß sich ein Schuldner zu Abwendung der Hülffe anbeut, selbst mit gutem, ohne Hülffs-Zwang zu bezahlen, und die Güter dem Gläubiger gutwillig einzuräumen, so soll er mit diesem Anerbieten gehöret, und die Hülffe darauf eingestellet werden, jedoch daß er sich dessen ehe der angesetzte Hülffs-Zwang herbey kömmt / erkläre, und seinem Erbieten mit der That nachsetzt. Volumus autem hæc cum Carpzovio in Process. *tit.* 25. *a* 6. §. 2. & *Resp. l.* 5. *t.* 4. *resp.* 23. & *part.* 1. *const.* 32. *def.* 8. intellecta de universorum bonorum cessione. Alias enim debitor se ab executione liberare nequit, ne, eligendi facultate creditori in executione competente ei contra *l.* 8. *ff. de Distract. pign.* adempta, vel contra Juris rationem, notoriamque dispositionem loco pecuniæ rem immobilem acceptare cogatur, si unam vel alteram rem immobilem cedere velit. Neque etiam executionem in bona mobilia avertere potest debitor, si rem immobilem offerat. Carpz. *l.* 4. *tit.* 1. *resp.* 2. *n.* 23. uti à Scabinis Lipsiensibus fuit responsum: Und wird euch in die bemeldte Fahrnüß nicht unbillig verholffen, derer sich dann der Debitor durch Cession und Abtretung eines und des anderen Stückes unbeweglichen Guts nicht zu entbrechen hat. Dissentiunt Köppen *Decis.* 25. *n.* 11. & Anton. Thesaur. *Decis.* 153. *n.* 3. qui ad avertendam in bona mobilia executionem immobilis alicujus rei oblationem aut cessionem sufficere putant, per *auth. hoc nisi debitor C. de solut.* & *Nov.* 4. *cap.* 3. Sed ipsa horum textuum leviter tantum facta inspectio satis docet, in iis suppo-

poni deficere bona mobilia, aut pecuniam paratam, quo casu vi textuum dationi in solutum datur locus, de quo jam supra: modo adductis apprime est conveniens, quod deduxit Carpz. *lib.* 5. *tit.* 4. *resp.* 23 ne quidem emptorem de residuo pretii exsolvendo conventum, avertere posse executionem, si rem emptam pro pretii residuo offerre & jam exsolutam pecuniæ quantitatem perdere sit paratus promptusque, dum ei, seculo hoc calamitoso, quo possessores rerum immobilium contributionibus, aliisque oneribus admodum gravantur, commodius forte contingit, pauxillum paratæ possidere pecuniæ, quam amplissimam domum, multiplici collectarum generi obnoxiam, ut onera ædium reditus superent. Carpz. *alleg. resp.* So mag doch der Verkäuffer das einmahl verkauffte Hauß, vor den Rest wieder anzunehmen, wider seinen Willen nicht gehalten werden. Ignominiosum tamen executionis actum, qui in patria mea per frustuli ligni sectionem è Janua perficitur, durch Aushauung eines Spahns, quo ipso hypothecæ constitutio & securitas tantum intenditur, à debitore, sua sponte hypothecam constituente, intraque proxime sequentem immissionis terminum solutionem promittente, eo ipso averti posse, testatur alleg. Carpz. *part.* 3. *def.* 270. *ibi*: So wird diesem nach, wenn ihr vorerwehntem eurem Erbieten würcklich nachkommen werdet, mit der Real-Execution wider euch billig in Ruhe gestanden. *Neque* enim, ut habet alleg. Carpz. *adversus miserum debitorem ita properandum, ut omnis ei præcludatur via actui executionis sese subtrahendi, si absque creditoris jactura id fieri possit, qui id, suadente æquitatis regula, concedere cogitur, quod sibi non nocet, alteri tamen prodest.* Est & famæ debitoris parcendum, cujus læsio aut deminutio ex ignominioso executionis actu imminet. Carpz. *alleg. loc.*

§. XII.

Exceptionibus sententiam tantum modificantibus, executionibusque temperamentum quoddam adferentibus annumerant DD. (3) *Exceptionem Beneficii Inventarii*, v. g. sic hæres, qui cum inventarii beneficio hæreditatem adiit, contra executionem indefinite seu in solidum decretam, ne fiat ultra hæreditatis vires, in ipso executionis actu inventarii beneficium opponere potest, estque audiendus: non

Digitized by G

non enim judicatum impugnat, sed ceu justum, ei satisfacere paratus est, hoc saltem deprecatur, ne ultra vires hæreditatis executio intendatur, *l. fin.* §. 1. *C. de jur. delib.* Mev. *part.* 1. *dec.* 145. Hac tamen inventarii exceptione hæres in executione excludere creditorem hæreditarium à bonis propriis nequit, ubi bona hæreditaria, in quæ immissio vel executio fieri possit, non extant. Incumbit enim hæredi, inventarii beneficio creditorem à suis bonis excludere cupienti, demonstrare res hæreditarias, ut inde satisfiat, aut docere, creditoribus hæreditariis primo venientibus tantum jam tum fuisse exsolutum, ut nunc sit securus. *alleg. l. fin.* §. 3. *C. de jur. delib.* Mev. *part.* 6. *dec.* 327. Coler. *de Processf. execut. part.* 1. *cap.* 10. *n.* 326.

§. XIII.

Addunt & (4) *Exceptionem Divisionis*, vid. Coler. *de Processf. Execut. lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 115. Berl. *part.* 1. *concl.* 84. *n.* 24. (5) *Exceptionem Excussionis* à tertio hypothecæ possessore eo fine allegatam, ut prius excutiatur ipse debitor principalis. Brunnem. *ad l.* 41. *ff. de Re Jud.* Carpz. *part.* 1. *const.* 3. *def.* 17. *n.* 5. Coler. *de Processf. execut. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 117. (6) *Cedendarum actionum*, nam si creditor fidejussori recusset cedere actiones & sua jura, executio est differenda, *l.* 20. §. *f. ff. de tut. & rat. distrah.* Coler. *alleg. loc. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 100. (7) *Exceptionem Legis Anastasianæ* contra cessionarium plus dato exigentem. Brunnem. *ad l.* 41. *ff. de Re Jud.* Mev. *part.* 3. *dec.* 186. (8) *Exceptionem pretii non soluti*, *l.* 13. §. 8. *ff. de act. empt.* si nimirum venditor ante pretii solutionem ad rem tradendam vi rei judicatæ compellatur. (9) *Exceptionem rei non traditæ*, condemnato emptore ante rei traditionem ad pretium solvendum. Gail. *lib.* 2. *obs.* 17. *n.* 8. & 12.

§. XIV.

Regula secunda: *Quæcunque exceptiones ipsum debitum plane perimunt, & ad obligationis & actionis substantiam tollendam tendunt, & litis ingressum impediunt, illis quoque in executione relinquitur locus.* v. g. *exceptioni Solutionis, Compensationis, Præscriptionis, Novationis.* Rei namque condemnati, qui his utuntur exceptionibus, judicatum pariter non impugnant, sed potius eidem jam satisfactum contendunt,

 ipsum

ipsum enim debitum hæ exceptiones perimunt, quo sublato, nulla poterit magis locum habere executio. Conf. Castrens. *vol. 2. cons. 189. n. 12.* ubi dicit: *temerarios esse judices, qui adversus imminentem executionem Solutionis exceptionem non admittunt.* Carpz. *lib. 2. resp. 1. ibi:* Ob nun wohl der Gläubiger deßwegen allbereit die Hülffe zu euerer Behausung ausgebracht, da ihr aber dennoch euer Recht darthun möchtet, daß ihr eurem Vorgeben nach solche Schuld allbereit gezahlet und abgetragen hättet, so werdet ihr damit innerhalb Sächsischer Frist billig gehöret, und die angesetzte Hülffe mittler Zeit eingestellet. Quod Juris est quoad ipsam *Solutionem*, idem est Juris quoad *Compensationem*, quæ est solutionis loco, & ejus vim & effectum à die concurrentiæ mutui debiti habet, *l. 11. l. 12. ff. & l. 12. C. de compensat.* imo, quod rei judicatæ obstet compensationis exceptio, patet ex *l. 2. C. de compensat.* Brunnem. *ad l. 2. & fin. pr. tit. eod.* Unoque ore à DD. traditur. Gail. *lib. 2. obs. 17. n. 10.* ubi partem executionis compensationem vocat. Carpz. *part. 1. const. 8. def. 6. ibi:* Ihr wollet ihme denn solche Compensation, per modum exceptionis peremptoriæ und in Krafft einer Solution, opponiren, damit werdet ihr bey der Hülffe auch nachmahls billig gehöret. Ex alieno autem debito objecta compensatio non potest remorari executionem, v. g. si debitor ad impediendam executionem alleget, quod ipse magistratus, qui sententiam tulit, executionemque decrevit, sibi quoque debeat, quo soluto, creditori suo inde satisfacere posset & vellet: in præsenti specie Magistratus licet injuste faciat debitum non solvendo, injuste tamen non facit, creditori jus cum effectu dicendo: Non ideo, quia debitum non solvit, Magistratus alteri officium negare debet, & remorari executionem creditori adversus Magistratum, suum debitorem, competit actio, sed non est contra tertium ad impediendam executionem inde relicta exceptio, eleganter deducente Mevio *part. 5. dec. 208.* ubi & meminit, ita pronunciatum esse, ubi Princeps condemnaverat eum, qui pro semet fidejusserat. Præscriptio quoque, quia tollit ipso jure actionem, & est loco satisfactionis, *l. 3. C. de præscript. 30. l. 40. ann. l. 1. §. 1. C. de Annal. except.* impedit executionem. Quod Novationem spectat, optime nobis succurrit *l. 2. C. de Execut. Rei Jud.* Quamvis enim res judicata paratam habeat executionem, non tamen vires suas exserere poterit magis, facta novatione, reoque non magis ex sententia, quæ per eam extincta,

obli-

obligato, sed ex nova obligatione. Unde monente bene JCto Strykio *in Introd. ad Prax. forens.* debet victor esse cautus, ne super judicato denuo contrahat, aut sibi expresse reservet, se eo ipso à judicato & inde dependente executione nolle recedere.

§. XV.

Regula tertia: *Quæcunque exceptio post rem judicatam exorta demum, & ante ignorata, aut si ante orta quidem, sed hactenus in Judicio non est opposita, aut non discussa, illa, si in continenti probabilis, in ipsa executione opponi potest.* Stryk. *in alleg. Introd. cap.* 24. §. 3. Hopp. *Comm. Inst. tit. de except.* §. 9. Prius regulæ membrum illustrat casus *in l.* 1. *C. de Re Jud.* exhibitus in persona commodatarii ad rei commodatæ à fure surreptæ pretium ex Judicato obligati, qui commodantem ex Judicato, dum rem ipsam commodatam postea recuperarit, adhuc tamen executive procedentem, in ipsa executione hac exceptione repellere potest; *intus habes, quod petis.* Brunnem. *ad l.* 1. *de Re Jud.* Juri enim ignoto nunquam censetur renunciatum, hinc, ut debitor eo in ipsa executione fruatur, justitiæ æquitatique est conveniens.

§. XVI.

Quod posterius regulæ membrum concernit, fundatum illud est in defensionis favore; Hopp. *alleg. tit. de except.* §. 9. quam præscindere aut adimere durum est, & injustum. Notanter autem in regula dictum & requisitum, *ut exceptio antea non sit opposita, aut si opposita, non tamen discussa.* Quæcunque enim exceptio semel opposita atque discussa in judicio, à Judice tamen tacite vel expresse rejecta, illa non valet remorari executionem, neque in executione potest opponi, quia ad semel abjudicata & renunciata jura non datur regressus, *l.* 7. §. 1. *ff. de compensat.* ex prona enim exceptionum admissione litium immortalitas Reip. nociva metuenda *l.* 13. *C. de Jud.* & facile foret talem pro impedienda executione iterum resuscitare exceptionem. Carpz. *lib.* 1. *resp.* 4. *in fin.* Sin autem non est plene discussa, dum incidenter forte & obiter adducta exceptio, adhuc contra executionem admittendam esse, asserit Carpz. *lib.* 1. *resp.* 5. cui subscribit Mev. *part.* 6. *decis.* 250. cum ea exceptio non possit dici impugnare sententiam, quæ non fuit

per litis contestationem in judicium deducta, & ei non obstet rei judicatæ autoritas, respicientis solummodo ea, quæ in processu acta & ventilata. *l.* 12. *seqq. l.* 27. *ff. de except. Rei Jud.* Carpz. *alleg. loc.* Cum minori dubitatione tamen admittenda in ipsa executione, ad eam impediendam, exceptio nunquam ante opposita aut in judicium deducta, eo enim minus hic metuenda est repulsa ex vi Judicati, *l.* 19. *ff. de exception. Rei Judic. l.* 7. *§.* 1. *ff. de compensat.* cum exceptio hactenus non opposita judicatum non impugnet, sed executionem solummodo impediat. Carpz. *alleg. resp.* 3. *n.* 12. Etenim ex Camill. Borell. *in Compend. decis. t.* 48. *n.* 144. & Nicol. Boër. *decis.* 43. notat Carpz. *in Process. tit.* 25. *art.* 6. §. 7. exceptiones in judicium nondum deductas rem judicatam haud impugnare. Tales autem executionem impedire, supra est à nobis *in* §. 7. tactum. Dubium, quod ex *l.* 8. *C. de except. l.* 9. *C. de præscript. longi temp.* hic oriri potest, scil. vi textuum allegatorum, exceptiones in litis contestatione omissas, ulterius non admitti, aut opponi posse, adeoque finito judicio reum non esse magis audiendum, ita Carpz. *resp.* 3. *l.* 2. *n.* 23. *& in Process.* §. 7. *alleg. loc.* removet, ut arbitretur, exceptiones in litis contestatione omissas in hunc finem, ut durante processu ordinario ante causæ conclusionem ventilari ac desuper cognosci adhuc possit, non posse opponi, bene tamen, ut finito ordinario processu, cum ad executionem sententiæ fuerit deventum, omissæ exceptiones, non tam contra actoris intentionem, quam paratam executionem, opponi possint, Carpz. *alleg. loc.* Reumque, quod litis contestationi exceptiones sibi competentes non adjunxerit, satis eo ipso puniri, dum in ipsa executione cum nulla alia audiatur, quam quæ est in continenti liquidabilis, admissa in ordinario processu & illa, quæ est altioris indaginis, admissaque ejus plenissima, etiam per testes facta, probatione alleg. Carpz. *num.* 24. Sed plerorumque locorum moribus hæc Carpz. tradita non adeo convenire videntur, etenim in plerisque invaluit, ut omnes exceptiones peremptoriæ simul & conjunctim in uno termino opponantur, & ipsi litis contestationi præcise annectantur. Conf. Recess. Imp. Noviss. *de anno* 1657. §. 37. *ibi:* Wie auch was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl bey Straff der Præclusion einbringen. Quæ Sententia in terris Saxonicis confirmata. Chur-Sächs. Process. ordin. *tit.* 11. §. 10. *ibi:* Es soll der Beklagte auf den

Fall

Fall, da er die peremptorias exceptiones nach der Kriegs-Befestigung einwendet, derselben nicht zu vergeblicher Verzögerung der Sachen, eine nach der andern, sondern alle zugleich, und so viel man derer hat, auf einmahl einbringen, oder hernacher damit nicht gehöret werden. Idem Jure Prutenico Electorali cautum, *lib.* 1. *tit.* 1. §. 5. *& lib.* 1. *tit.* 26. *a.* 22. §. 4. *ibi*: So setzen, ordnen und wollen wir, daß alle solche Exceptiones, so einer hat, die seyn dilatoriæ oder peremptoriæ, nicht unterschiedlich eine nach der andern, sondern sämtlich auf einen Termin in libello exceptionis fürgebracht, und verabscheidet werden sollen. Excipienda tamen illa exceptio, quæ integram plane actionem tollit, aut nunc demum competere cœpit, aut antea fuit ignorata, idque juratoà reo obtentum. Conf. Ord. Camer. *part.* 3. *tit.* 30. cujus dispositionem approbat Jus Saxonicum *alleg. loc.* & Prutenicum *alleg. loc. in fin. ibi:* Es wäre dann, daß etwas von neuem sich begeben hätte, oder der Excipient allererst nachmahls solches zu wissen bekommen, welches er dann also mit seinem Eyde betheuren und erhalten soll.

§. XVII.

Est quoque in regula nostra, non sine observationis nota, *notoria aut in continenti liquidabilis exceptionis* facta mentio. Necessario enim, ad impediendæ executionis effectum, requirimus notorietatem aut celerrimam & in continenti faciendam probationem. Quæ sunt illiquida & altioris indaginis non possunt remorari executionem. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 6. *n.* 1. 2. Non tamen plane rejiciuntur altioris indaginis exceptiones, sed reconventioni reservantur, ita, ut, executione finita, in Judicio reconventionis reus per modum actionis eas tractare valeat. *l.* 1. *C. de execut. Rei Jud.* Menoch. *de Arbitrar. Jud. quæst. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 167. *n.* 22. Carpz. *alleg. loc. num.* 4. Mev. *part.* 6. *dec.* 377. Conf. Id. *part.* 6. *dec.* 250. *n.* 3. Quæ autem sint notoriæ exceptiones & in continenti liquidabiles, non est adeo expeditum. Conferatur Martin. in Comment. forens. *ad Ordin. Judic. Sax. ad tit.* 39. §. 3. *n.* 26. 27. Variæ DD. circumferuntur opiniones, quorum alii probationem in continenti ad trium dierum, vel duorum, trium, quatuorve mensium spatium: alii ad tempus præsens sine aliquo intervallo restringunt, ut ipso die & tempore, quando objicitur exceptio,

ptio, per instrumentum vel acta præsentis aut prioris causæ, antequam ad extraneos actus divertatur, probatio ejus fiat: tandem alii volunt, hoc totum Judicis arbitrio relinquendum esse. Menoch. *lib. 2 de Arb. Jud quæst. cent. 1. cas. 17. & 18.* Nos in tanta JCtorum turba dicimus, verbum *in continenti* hoc loco non præcise de momento temporis esse intelligendum, sed cum aliquo temporis spatio *arg. l. 1. §. 8. ff. ad* L. *Falcid.* ut sufficiat, si exceptio possit liquidari ante executionis diem, alleg. Martin. *in Comment. forensi ad Ord. Jud. Sax. n. 27.* Moribus hodiernis, quibus probationi certus terminus præfinitus, sufficit, & in continenti liquidabilis habetur exceptio, si executionis probatio fiat intra terminum probandi legalem. Hopp *alleg. loc. except. §. 9.* qui Jure Sax. & Prut. est sex septimanarum & trium dierum. Conf. Disput. *de Facto in continenti faciendo* hic sub D. & Prof. Steinen præsidio habita. An & quatenus hic contra paratam executionem testes admitti possint, consule Carpz. *resp. 7. n. 17. 18. 19.* Mev. *part. 7. dec. 315.* Communis est DD. opinio, quando ad impediendam sententiæ executionem probatio facienda in continenti, reum, testes adducere volentem, non esse audiendum, quia metuendum, ne admissis testibus executio jam intentata diu in creditoris jacturam suspendatur, ipseque per indirectum saltem contra naturam & qualitatem paratæ executionis ad ordinarium seducatur processum; Martin. *in Comment. forens. ad Ord. Jud. Sax. tit. 39. n. 30.* attamen, ubi intra terminum probatorium, qui istiusmodi probationi præfigitur, per testes rei veritas haberi potest, uti ratio prædictæ sententiæ cessat, sic etiam testium examen admittendum. Mev. *ad Jus Lub. lib. 5. art. 6. n. 6.* iniquum enim foret, Reum probatione per documenta ita gravare, ut ob eorundem defectum plane desistere cogatur, ut ut maxime per testes exceptiones relevantes verificare posset. Delationi Juramenti hic non esse locum autumant DD. si forte reus probationem sibi faciendam Actoris conscientiæ committere velit, cum legitima & plena probatio per juramentum non fiat, & deferre juramentum, non sit probare in continenti. Berl. *part. 1. concl. 84. num. 84.* Carpz. *Process. Jur. tit. 11. axiom. 1. n. 15. & tit. 22. axiom. 4. n. 18.*

§. XVIII.

Missis prioribus exceptionibus nominatis in executione admissibilibus,

libus, quibus exceptionem *SCti Macedoniani & Vellejani* ex privilegio *l. 11. ff. ad SCt. Maced.* adjungimus, ad alia, quæ ad remorandam executionem objici solent, dilabimur. Cum unicum executionis objectum sit liquidum, *l. fin. C. de compensat. l. 9. C. de Bon. Aut. Jud. possid.* Carpz. *lib. 2. resp.* 10. *num.* 109. Mev. *part. 1. decis.* 15. *num.* 2. illiquidi exceptio utique non remorabitur executionem, vid. Petr. Frid. Mindan. *de Process. lib. 2. cap.* 63. *n.* 4. v. g. si sententia dicta contineat debitum, sed, hactenus non facta liquidatione, de quanto non constet, prius liquidari oportet, nec ante erit locus executioni. Mev. *part. 7. decis.* 196. scilicet, ut adjudicentur bona vel distrahantur, qualis distractio & adjudicatio fieri nequit, nisi de quanto ejusque liquido constet. Mev. *part.* 8. *decis.* 300. Ad immissionem, quæ nihil aliud tribuit, quam pignus judiciale. *l. 1. & 2. C. Si ex causa judicat. pign.* putat, alleg. Mev. sufficere debitum, etiamsi nondum sit certum. *arg. l. 2. C. Debitor. vend. pign. imped. non poss. l. 6. C. de distrab. pign.* adeoque ad impediendam executionem non sufficere allegationem nondum liquidi, & petitionem decernendæ prius liquidationis, quamdiu non pervenitur ad adjudicationem. Pariter est *executio* suspendenda dubio sententiæ, quæ executioni demandanda, exorto sensu: neque rei judicatæ autoritas quicquam obstat, quoad expressa enim sententia transit in rem judicatam, non quoad alia expressim in sententia non contenta. Scacc. *tract. de Appellat. qu.* 17. *lim.* 6. *m.* 9. *n.* 1. nec necesse fuit appellare debitori condemnato, dum sententiam in suas traxit partes. Mev. *part.* 1. *decis.* 109. Non ulterius judicatum adest, quam quatenus apertus est sententiæ intellectus, Stryk. *Introd. ad Prax. forens. cap.* 23. §. 2. adeoque non videtur dubitandum, quin & post decendium sententiæ declaratio peti possit: si à Judice facta declaratio intentioni petentis non est conformis, facit tunc illa locum appellationi, quia per hanc declarationem proprie demum est illatum gravamen. Mev. *alleg. loc.* Consultius tamen esse putat Stryk. *alleg. loc.* si intra decendium petatur declaratio, num hic sit sententiæ sensus? & eidem petitioni, si scilicet alium sententiæ sensum affirmaverit, appellatio subjungatur, via ita super lapsis fatalibus disputandi præcisa.

§. XIX.

Ad remorandam executionem solent sæpissime condemnati, illa

instante, *nova* allegare *reperta*, & producere *Documenta*, quibus tamen frustra laborant rerum judicatarum suspendere executionem. Tanta enim est rerum judicatarum autoritas, ut ne quidem obtentu postea repertorum instrumentorum executio illarum differri debeat. *l.* 4. *C. de Re Jud. l.* 31. *ff. eod.* Quam tamen duritiem temperant Dd. vi clausulæ prætoriæ generalis: *si qua mihi alia justa videbitur causa*, ei scilicet, qui nova instrumenta reperit, restitutionis in integrum beneficium concedendo. Brunnem. *ad l.* 35. *ff. de Re Jud.* Ipsa Lex hic excipit publicam causam, *l.* 35. *ff. all.* i. e. causam Fisci, contra quem sententia lata intra triennium retractari potest. *t. t. C. de Sent. advers. Fisc. lat. retract.* vel civitatis, per *l.* 16. *ff. de V. S.* & ejus argumento excipiunt DD. Ecclesiam, & ulterius extendunt ad Minores & pupillos. Brunnem. *ad l.* 4. *C. de Re Jud.* Conf. Mynf. *cent.* 4. *obf.* 60. Propitio quoque jure excipitur sententia, ex juramento suppletorio lata, quæ repertis post instrumentis retractationi omnino subjacet. *l.* 31. *ff. de Jurejur.* Excipimus etiam casum, si fraus adversarii arguatur, instrumentis antea dolo subtractis. *l.* 19. *C. de transact.*

§. XX.

Dilabimur ad *Tertii Interventionem*, quæ non injuste remoratur executionem, modo non injuria fiat, neque sit subornata à moroso debitore, quævis elabendi media, quo se, bonaque sua subtrahat executioni, quærente. Potest *Tertius* pro suo interesse semper in quacunque judicii parte intervenire, non modo in prima instantia, ante & post litis contestationem, in principio, medio & in fine litis, verum etiam in causa appellationis, licet causa sit delegata cum clausula: *remota appellatione*, quia clausula illa non extendit vires suas ad præjudicium Tertii *C. super eo x. de off. deleg.* Nulla verborum plenitudo posita in rescriptis, quæ ita intelligenda, ut nemini faciant injuriam, jus *Tertii* tollit. Imo etiam post rem judicatam, postque trinam sententiam. Gail. *lib.* 1. *obf.* 70. *n.* 15. Mev. *part.* 5. *decis.* 333. in ipsa executione, ad eam impediendam, admittitur *Tertius* interveniens. *l.* 63. *ff. de Re Jud. C.* 17. *x. de Sent. & Re Jud.* Executio enim contra Tertium non citatum, neque in judicio nominatum fieri nequit, Gail. *lib.* 1. *obf.* 69. *n.* 15. neque Tertio rei judicatæ exceptio, ejusque terribilis, quam propter publicam utilitatem habet, obstare poterit autoritas.

toritas. Licet enim res judicata jus faciat inter partes litigantes, *l. pen. ff. de Re Jud.* quod si tamen alia sit conditio personarum vel rerum, vel alia causa petendi, res judicata non nocet, quia sententia de una re dicta ad alias res, quæ in judicium non sunt deductæ, & ad alias personas, contra juris interpretationem, non potest aut debet extendi, *l. 63. ff. de Re Jud. t. t. C. quibus res jud. non noc. l. 10. ff. de except.* ut vero interveniens in ipsa Executione audiatur, illamque impedire valeat, utique necesse est, ut de Jure suo & de Interesse, non quasi quasi, sed de vero, formato & apparente, ut loquuntur, ante omnia doceat, illudque liquidum, jureque alterius potius, aut Juris adversarii esse exclusivum, doceat: is enim, cujus non interest, quique (quod sæpe in perniciem victoris hodierno litigioso ævo fieri solet, & haud exigua justitiæ adfert impedimenta) fictum futurumque interesse, quod causam sui necdum existentem habet, allegat, aut instructionibus & inductionibus succumbentis partis ad judicium turbandum, & lites, quas finire Reipubl. interest, protelandas, instigatus, per calumniam saltem, aut lasciviam intervenit, non est audiendus, quin potius à limine Judicii, ne hominum malitiis contra *l. 38. ff. de R. V.* indulgeatur, arcendus, pronunciandumque: Daß die Intervention, gestalten Sachen nach, weil kein Interesse bescheiniget, nicht statt habe. Sufficit autem probationem prætensi interesse fieri in continenti, summarie & semiplene, v. g. per unum testem. Est enim talis probatio præambula & præparatoria, non autem decisiva, & tantum eo fine requiritur, ne interventio habeatur malitiosa. Mynss. *cent. 2. obs. 1. n. 13.* Carpz. *lib. 3. resp. 21. n. 8.* Brunnem. *in Process. civil. cap. 13. n. 6.* Pr. Land-R. *lib. 1. tit. 29. §. 1. ibi:* Summarie etwa durch einen Zeugen, schrifftliche Uhrkunden, oder, scheinbahre Præsumptiones, Conf. Mev. *part. 5. decis. 211. & part. 7. decis. 396.* ubi distinctionem Gailii *lib. 1. obs. 70. n. 21.* circa interventionem *Tertii* ad impediendam executionem traditam approbat, scilicet, ut quoad executionis propter interventionem Tertii suspensionem inspiciatur, *in qua re debeat fieri executio*: utrum super eadem re, quæ petitur, utrum in alia, quam de qua lata fuit sententia. Ubi in aliam rem, ac quæ in judicium venit, executio contingit, interventionem sistere executionem: at, cum quod fuit in petitione & in sententia, veniat & in executionem, tunc Tertii interventionem non impedire executionem,

ſed id operari tantum, ut Tertio executioni ſe opponenti de indemnitate ſit cavendum. *l. 38. l. ſeq. ff. de R. V. l. pen. ff. de hered. pet.* cujus cautionis qualitas & moderamen prudentis Judicis arbitrio relinquitur. Sine diſcrimine non eſt injungenda ſatisdatio per fidejuſſores vel pignora, ſed tunc demum, ſi aliter cautum eſſe nequit. Ubi ſola reſervatione Juris, in eventum litis, intervenienti ſatis proſpectum eſſe poteſt, illa ſufficit, & vim oppignorationis habet. Tranſit tunc per adjudicationem res cum Jure conditionali, pro ſecuritate eventus litis, notante Mev. *all. part. 5. deciſ.* 221. Eadem reſervatione, & in eventum, ſi interveniens in lite vicerit, cautione, conſulendum intervenienti, ſi ea deficiant, quæ requiruntur, ut propter interventionem ſiſtatur executio. Mev. *part.* 5. *deciſ.* 333. *&* 334. v. g. ſi interveniens in executione ſciverit litem moveri, ſi creditum prætenſum illiquidum, aut jus intervenientis non appareat in res, in quas executio peragenda. In his terminis, ſi conſiſtat interventio, non impedit quidem executionem, facit tamen prædictæ reſervationi & cautioni locum. Jure Prutenico *Tertii* interventio, poſtquam Sententia in rem judicatam abiit, nec appellationis remedio ſuſpenſa, non valet facile impedire executionem P. L. R. *lib.* 1. *tit.* 29. §. 3. *in fin. ibi:* Endlich hat die Intervention auch dieſen Effect, daß ſie auch die Execution in etlichen Fällen mag aufheben, oder ſtutzig machen, inſonderheit, wann die Sententia noch nicht in rem judicatam ergangen, und der Intervenient davon zuvor nichts gewuſt, ſo mag er alsdenn von ſolchem Urthel appelliren. Concordare videtur Jus Saxon. *in tit.* 15. *Ordin. Iud. Saxon. ibi:* in erſter und anderer Inſtanß zu interveniren.

§. XXI.

Quod in §. præcedenti, quoad interventionis abuſum, eſt notatum, idem maxime, callido maritorum conſilio & colluſione, aut intempeſtiva in eos miſericordia, moliuntur mulieres, in ipſo executionis actu illatorum, & ejus, quod pro his competit privilegium, intuitu intervenientes, quo executionem in bonis maritorum, nunc executiendorum avertant, & iſto clypeo aut aſylo, quaſi tunica, maritos nudos tegant & protegant: audiunt inde male mariti, & coguntur pati, ſibique objici: Daß, indem ſie ſich hierunter der Weiber bedie-

bedienen, denenselben unter den Beltz kriechen, und darunter sich vor ihren Creditoren verstecken. Est mulierum sexus favor magnus quidem, ut & dotis & ab iis illatorum, interest enim mulieres esse dotatas, non tamen in *Tertii*, qui jus suum deduxit & obtinuit, præjudicium extendendus & perniciem. Sicut juvandæ sunt mulieres, ne dotes perdant, & ex maritorum inopia suis priventur, ita vicissim, ne jure & favore, ad sua conservanda competente, abutantur, est cavendum, ut monet Mev. *part.* 5. *decis.* 57. ubi & ponit certa interventionis requisita, ut demum mulier executionem in bonis mariti impedire valeat & evitetur abusus. Ubi vel ex statuto, vel consuetudine inter virum & uxorem est inducta bonorum communio, & conjuges invicem æri alieno facit obnoxios, aut dotis privilegium non est tantum, quantum de Jure civili, quo prælatione mulieres gaudent ante alios creditores, etiam anteriorem & antiquiorem expressam hypothecam habentes, *l.* 12, *C. qui pot. sunt in pign. Novell.* 97. *c.* 3. & 4. Mynſ. *cent.* 4. *obſ.* 131. Schwendend. in not. *ad Exolt. tit. ff. qui pot. sunt in pign.* §. 3. Diss. Carpz. *lib.* 4. *resp.* 17. *n.* 161. priori casu interventio plane non, posteriori casu difficilius impedire valet executionem. Quo pinguius interveniens jus obtendit, eo facilius in executionis actu audiendus. Jure Prutenico & consuetudine Saxonica, de qua Carpz. *part.* 1. *const.* 28. *def.* 63. *seqq.* testatur, non est mulieribus dotem repetentibus contra hypothecarios anteriores expressam hypothecam habentes hoc prælationis privilegio prospectum. Pr. L. R. *lib.* 1. *tit.* 49. §. 6.

§. XXII.

Quo Jure mulieres in actu executionis ad eam impediendam intervenire, & Jure suo & privilegio non abutentes obtinere solent, eo modo jus suum urgere valent, & in impedienda executione audiendi reliqui, cum jure prælationis singulariter privilegiati Creditores, aut hypothecarii: de quibus, eorumque justa graduatione agunt DD. *ad tit. ff. de Reb. aut Iud. possid.* Conf. Brunnem. *Processf. civil. C. f.* §. 20. Omnibus tamen ad impediendam executionem anteponendi, qui rerum, in quibus executio decreta, se dominos laudant, & non levibus indiciis dominum, quod prætendunt, cujus probatio admodum difficillima, ostendunt & docent. Non necesse habet de prioritate & potioritate disputare, qui est Jure dominii tutus, nec ad concursum creditorum pertinet, adeoque, cum nemo ei, ceu domino, præferri possit, in ipsa executione est audiendus, & facta domi-

 nii

nii probatione, differenda executio, dominio intervenientis jus victoris per judicis pronunciationem obtentum excludente.

§. XXIII.

Ducimur ulterius ad remedium *Nullitatis*, ad *in integrum restitutionis* beneficium, & *Actorum Revisionem*, visuri, an & quatenus illa executionis cursum remorari valeant. Quod *Nullitatem* attinet, describimus eam, quod sit remedium, quo sententiam tanquam ipso Jure nullam & non subsistentem intra legitimum tempus coram competente Judice nullam declarari petimus, aut per exceptionis modum eam talem esse dicimus. Stricte & forensi usu Nullitatis querela rem judicatam non præsupponit, cum admissa nullitas efficiat, ut sententia nunquam in rem judicatam abierit, unde non rescissionem hac querela, sed Nullitatis declarationem intentamus. Quod enim nullum est ipso jure, non indiget rescissione, quæ vinculum, ut privatio habitum, præsupponit. Quando nullitas admissa est notoria, liquida, ex iisdem actis apparet, nec altiorem indaginem requirit, sed in continenti probabilis, tunc executionem impedire valet, *arg. l.* 3. §. 13. *ff. ibi: Si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem ad exhibend. t. t. C. quand. provoc. non est necesse.* Carpz. *part.* 1. *const.* 26. *def.* 22. Berl. *part.* 1. *concl.* 11. *num.* 17. Quod ad executionis suspensionem extendunt, etiamsi ex tribus conformibus sententiis res judicata extet. Gabriel Roman. *l.* 2. *com. opin. tit. de except. concl.* 4. non obstante Pontificis Clem. V. rescripto *in Clem.* 1. *de Re Iud.* Executionem trium conformium sententiarum, prætextu Nullitatis, impediri non debere: cum calumniæ præsumptio, in qua se fundat *all. loco* Pontifex, per probationem in continenti ex iisdem actis factam, sit remota & exclusa.

§. XXIV.

Ab inanibus & frustratoriis actibus est abstinendum: frustraneum quippe foret executionem intentare mox revocandam, *arg. l.* 14. §. 1. *ff. ut legat. seu fideic.* Præstat prospicere ab initio, quam post vulneratam causam remedium quærere, facit *l. fin. in quib. in integr. rest. l.* 1. *C. quando licet unicuique sine jud.* Tanta est Nullitatis notoriæ juxta DD. vulgarem doctrinam, vis & effectus, ut etiam per statutum

Digitized by Google

tutum, tollens exceptiones Nullitatis, aut appellationis remedium, non tamen censeatur Nullitatis notoriæ deductio præclusa. Mascard. *de Probat. cap.* 114. *n.* 5. Gail. *lib.* 1. *obs.* 135. *n.* 8. 13. Emm. à Rosb. *Process. civil. tit.* 72. *n.* 37. *&* 38. multo minus per pactum & renunciationem, dum omni appellationi & revisioni renunciatum. *L. f. C. de temp. appellat.* Gail. *all. loc. n.* 4. Rosb. *all. loc.* censeatur exclusa nullitatis querela, aut per clausulam: *appellatione remota*, in Rescripto Principis appositam, aut delegationi insertam, *l.* 1. §. *pen. ff. à quib. appell. non licet. C. pastoralis.* 53. *x. de appellat.* Myns. *cent.* 1. *obs.* 7. Appellatio & Nullitas sunt diversa Juris remedia, quorum uno sublato, alterum remanet. *C.* 9. *x. de Re Iud. C.* 14. *x. de Sent. excomm. in 6to l.* 21. *ff. de servit. rust. præd.* Renunciatio est Juris stricti, & ad ea non extendenda, de quibus non fuit cogitatum, cum actus ultra agentium intentionem non possit operari. Per clausulam hanc: *remota appellatione*, non quævis, aut omnis appellatio ex communi JCtor. sententia tollitur, sed *frivola* tantum excluditur, nec Superiori judicio manus per hanc clausulam ita ligantur, quin, illa clausula non obstante, appellationem recipere possit. Judicem à quo magis concernit, ejusque respectu efficit, ut non teneatur deferre appellationi, sed statim exequi possit, ut non puniatur, non deferens appellatoni, nec factum post appellationem revocetur, tanquam attentatum, sed aliis remediis, per viam nempe querelæ Nullitatis hoc corrigatur. Panormit. *in C. pastoral. n.* 9. *&* 10. *de appellat.* Myns. *cent.* 10. *obs.* 3. Intenditur à Principe illa clausula celeris justitiæ expeditio, non ut cuiquam injuria fiat, *arg. l.* 4. *C. de emancip.* aut defensio excludatur, ubi gravamen apparet & læsio evidentissima. Scacc. *de appellat. qu.* 16. *l.* 1. *n.* 99. Mev. *part.* 2. *decis.* 194. *&* 195. in qua non minus eleganter deduxit, nec delegationem causæ, cum clausula, *ut Judex de causa cognoscat, ea* cognita *pronunciet, & pronunciatum statim executioni mandet*, excludere appellationem, nisi de tali mente delegantis appareat. Menoch. *de præsumpt. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 10. Ubi ergo de notoria Nullitate admissa apparet, non est injustum per ejus querelam suspendi executionem. Sed si opposita Nullitas longiorem indaginem requirat, sola ejus allegatio non operabitur executionis suspensionem. Myns. *cent.* 4. *obs.* 64. Gail. *lib.* 1. *obs.* 113. *n.* 2. *&* 3. *& obs.* 127. *n.* 10. Clarissime hæc Serenissimi Electoris Sax. sanctio *in Ordin. Process. tit.* 38. confirmat, ubi verba ipsa ita habent: Wann

auch

Digitized by Google

auch gleich solche Nullität innerhalb der nachgelassenen Frist eingewandt würde, soll doch die Hülffe auf das Urthel, so seine Krafft erreichet, nicht suspendiret, sondern nichts minder damit verfahren werden, es wäre denn einer der angegebenen Nullität mit so ansehnlichem glaubwürdigen Schein gefast, daß er sie in continenti und innerhalb der Zeit, welche zu der Hülffe angesetzet, ausführen und darthun könte.

§. XXV.

Quot vero modis committatur Nullitas, cum exacte recensere instituti ratio & disputationis limites non admittant, longiori supersedemus deductione, summoque digito, & quasi per indicem tangimus: *Nullitatem* committi vel ratione *Personarum*, vel ratione *Processus*, vel ratione ipsius *Causæ*. Ratione *Personarum* Nullitas in judicio admissa concernit aut *Judicem*. *Actorem* aut *Reum*, vel *Accessorias personas*, ut *Procuratorem*, *Advocatum*, *&c.* Quoad *Judicem* est nulla sententia, quæ ab eo est lata, cujus forum neque ex generali v. g. Delicti, Contractus, Domicilii, Rei sitæ, neque ex speciali causa & privilegio fuit competens, v. g. si in causa Clericorum, Professorum, Doctorum, aut causa matrimoniali & spirituali à Judice laico lata sententia, quæ non poterit non esse nulla. A comparendi necessitate liberant DD. citatum à Judice plane & notorie incompetente, *arg. l. f. ff. de Iurisd.* Struv. *Synt. Iur. Civ. Exerc. 4. th.* 14. & leges actorem, reum ad forum, cui plane propositi negotii cognitio interdicta, trahentem, causæ amissione plectant, *l. 5. C. de Iurisd.* Conf. Berl. *part.* 1. *concl.* 5. *n.* 23. & Carpz. *lib.* 2. *resp.* 38. ubi *Legem alleg.* 5. illustrat exemplis & genuine declarat. Si est opposita incompetentia, & Judex nihilominus ad alios actus atque præpostere ad sententiæ dictionem processerit, manifestam committit nullitatem *arg. l. fin. ff. de Iurisd. l. 1. C. si à non compet. Iud. l. 53. C. de decur.* Coram incompetente Judice enim disputare, est coram privato litigare, *arg. l. 3. ff. de Off. Proconf.* Scacc. *Colleg. pract. tit. de Except.* hincque ab illo suscepta, quasi privata autoritate facta, pro nullis reputantur. Vant. *tract. de Nullit. ex def. Iurisd.* Carpz. *part.* 2. *const.* 22. *def.* 3. *n.* 2. Menoch. *de adipisc. poss. remed.* 4. *n.* 42. & *rem.* 7. *n.* 17. Parilem committit Judex Nullitatem, nec sententia ejus executionis effectum post se trahit, si competens quidem, sed tamen cum contra eum, causa suspi-

suspicionis post litem contestatam emergente, aut demum cognita, l. 16. C. de Iud. l. 17. ff. eod. c. 4. x. de except. tanquam suspectum, propter commodum vel incommodum controversiæ, l. 17. C. de Iud. l. un. ne quis in sua causa, aut propter capitales inimicitias, C. 41. x. de appellat. l. 9. ff. de liberal. caus. aut aliam suspicionis causam exceptum, Conf. Lauterb. tit. de Iud. nihilominus in causa principali processerit & de facto sententiam tulerit. Qualem sententiam ipso jure nullam, & reliquos post susceptos actus pro attentatis haberi posse arbitramur cum Brunnem. ad l. 16. n. 8. & 9. C. de Iud. Mev. part. 2. decis. 131. & cons. 42. n. 18. Mynl. cent. 2. obs. 52. dissent. Zas. ad l. 16. C. de Iudic. n. 28. Innocent. ad C. 61. x. de appell. Habet Judex ligatas manus statim ab eo temporis momento, quo hujusmodi exceptio contra eum opposita: ejus jurisdictione per hanc exceptionem suspensa. Interim tutius est omnis futuræ disputationis evitandæ causa ab omni actu Judicis recusati post recusationem appellare. Conf. Dn. D. Klein in Disp. Rostochii nuper de suspecto Iudice habita. C. fin. n. 59. Hæc quoad Judicem.

§. XXVI.

Quoad Actorem & Reum committitur Nullitas, & quidem quoad illum, si potestate judicio experiundi destitutus agere præsumpserit. Hac destituuntur pupilli & minores, l. 1. l. 2. C. qui legit. pers. stand. in jud. non hab. l. 3. C. de Aut. tut. Prodigi. l. 1. de Curat. furios. l. 1. C. eod. banniti aut proscripti. Bocer. Class. 1. Disp. 4. th. 16. P. L. R. lib. 1. tit. 24. art. 4. ubi personis agere non valentibus annumerantur infames, perjuri & Apostatæ. His igitur executionem urgentibus opponi potest inhabilitatis, & ab ea dependentis Nullitatis exceptio, quæ, quatenus de eo Judici incontinenti liquet, impedit executionem. Quoad hunc, Reum scilicet, committitur Nullitas, & exceptio inhabilitatis nascitur, si non potuerit conveniri, v. g. si infans, l. 4. pr. ff. de in jus voc. pupillus & minor, l. 1. & 2. C. qui legit. person. stand. l. 54. ff. de Re Jud. Nostris moribus fœmina, quæ sine curatore nec agere nec conveniri potest. Carpz. part. 1. const. 1. def. 30. Bocer. Class. 6. Disp. 4. th. 41. 42. Carpz. in tract. de Jure fœm. sing. D. 9. pos. 2. & 3. n. 23.

§. XXVII.

In accessoriis Judicii personis nullitatem efficit *defectus Mandati.* Est juris aperti, neminem in judicio alterius nomine experiri & agere posse, nisi mandato instructus, eoque suam ad agendum legitimaverit personam, neque admitti, *licet de rato offerat cautionem*, aut *pars* adversa contra eum in judicio *non excipiat*, sed *ex officio* à limine Judicii, tanquam falsum procuratorem posse repelli, illius productis ab actis remotis, mulctaque arbitraria cum refusione expensarum imposita, *l.* 40. *§. f. ff. de Procurat. l.* 1. *l.* 24. *eod. C.* 4. *x. de Procurat. Recess. Imp. de anno* 1530. §. 88. *vs.* Es soll kein Procurator einige Partheyen zu vertretten befugt seyn. *& Recess. Imper. de anno* 1566. §. 87. Sollen dieselben ex arbitrio gestraffet, und in expensas moræ condemniret werden. Si tamen falsi Procuratoris exceptione non opposita judicium peractum & sententia lata, illa omni effectu caret, & executioni non potest demandari, interposita ab adversario Nullitatis protestatione: Judicium enim cum falso Procuratore agitatum adeo dicitur nullum, ut defectus ex hoc fonte promanans quandocunque, licet causa sit summaria & executiva, Menoch. *de Recup. poss. rem.* 15. *n.* 273. Mev. *part.* 3. *decis.* 21. *n.* 1. remotis quibuscunque aliis exceptionibus, Mev. *all loc.* & *part.* 1. *decis.* 203. *n.* 5. & *part.* 3. *dec.* 248. *n.* 1. ad annullandum processum, *l.* 24. *C. de Procurat.* Carpz. *part.* 1. *const.* 1. *def.* 26. *n.* 2. ad mille usque annos, Gabriel Rom. *L.* 2. *Com. concl. tit. de Procurat. cap.* 1. *n.* 1. in quacunque Judicii parte, non solum ante, sed etiam post litem contestatam, causæ conclusionem & sententiam latam, Gail. *lib.* 1. *obs.* 47. *n.* 2. Berl. *part.* 1. *concl.* 14. *n.* 12. in prima & secunda instantia, *C.* 4. *x. de Procurat.* Mev. *part.* 5. *dec.* 13. post tres sententias conformes, Berl. *all n.* 13. in ipsa executione, ad eam impediendam, opponi possit *l.* 44. §. 1. *ff. de Jud. ibique* Gothof. Falso Procuratore agente perinde in effectu esse censetur, ac si nullus sit, qui agat, & actoris partes subeat. Sunt namque in effectu juris paria, plane non comparere in judicio, & illegitime comparere. Wesenbec. *ad tit. ff. de Procurat. n.* 11. Sunt falsa & nulla in jure convertibilia juxta Sichard. *ad l.* 19. *C. de furt.* Ubi nullus est actor, nullus est Judex, & per consequens nullum Judicium. Quibus satis stabilitum esse credimus Nullitatis exceptionem ad impediendam execu-

Digitized by Google

executionem ex defectu mandati in Procuratoris persona oppositam. Sed quid? nonne *ratihabitio domini post sententiam latam*, cum ad executionem properatur, *superveniens*, id operabitur, ut ea sint rata, quæ in ipsius favorem à falso sunt gesta Procuratore, ita, ut novo alio Judicio non sit opus, nec condemnatione aut sententia, sed prioris sententiæ consummatio aut executio, propter Domini accedentem approbationem decerni possit, non obstante adversæ partis de Nullitate judicii protestatione? Quamvis non desint DD. magni nominis & commatis, qui arbitrentur, Dominum gesta à falso Procuratore etiam post sententiam in sui favorem latam in victi præjudicium ratihabere posse. Zang. *de except. part.* 2. *cap.* 8. *n.* 77. Gail. *lib.* 1. *obs.* 47. *n.* 5. Mev. *part.* 5. *decis.* 98. *n.* 8. & *part.* 6. *decis.* 139. Brunnem. *ad l.* 56. *ff. de Judic.* hancque sententiam, ut æquiorem & benigniorem tueantur, in juris tamen rigore & juxta judiciorum solennitatem hanc controversiam examinantes penitius, non videmur à legum discedere tramite, si à negantium partibus stemus, & ratihabitioni post sententiam latam, ubi jam alteri jus ex Nullitate quæsitum, supervenienti tantum non tribuamus; moti tum LL. ante allegatis, tum ante deductis, tum autoritate. Berl. *part.* 1. *concl.* 14. *n.* 131. Fachin. *l.* 8. *Controv.* 61. Myns. *cent.* 1. *obs.* 44. Frantk. *tit. de Procurat.* *n.* 28. Wissenb. *Disp.* 12. *th.* 13. Struv. *Exerc.* 7. *th.* 27. Ekolt. *tit. de Procurat.* 8. 10. & Lauterb. *eod.*

§ XXVIII.

Ipsius *Processus* aut ordinis judicii substantialis commissa *Nullitas*, de qua ex Actis constare poterit, executioni opposita, ne ea perficiatur, est obstaculo. *l.* 4. *C. de sent. & interlocut.* Carpz. *lib.* 3. *resp.* 98. Est enim nulla sententia, non observato ordine judiciario, v. g. si lata non facta citatione, nullo oblato libello, nulla contestatione litis præcedente, nulla intentionis probatione facta, aut causæ cognitione, juxta Bartol. JCt. effatum: Judex his neglectis sententiam ferens, potius *fulminare*, quam *jus dicere* putatur.

§. XXIX.

Superest *Nullitas* ratione *causæ* aut meritorum, v. g. si sententia à Judice contra *jus constitutionis* certum & indubium, Conf. *l.* 32. *ff.*

 de Re

de Re Jud. aut in thesi, vel contra notoriam *consuetudinem lata alleg. l.* qualis est ipso jure nulla, nullaque indiget impugnatione, *l.* 19 *ff. de appellat. l.* 1. §. 2. *ff. quæ sent. sine appellat. rescind.* Secus dicendum, si contra *communem DD. opinionem* lata, nisi Judex eam stabili subnixam ratione, proprio somno aut anili discursu repudiare ausus fuerit, ut loquitur Martin. *ad Ord. Process. Saxonic. ad tit.* 34. *n.* 17. Quod prius concernit, hoc DD. legibus suffragantibus, extendunt, licet (1) Lex in Judicio non allegata, *l.* 19. *ff. all. C.* 9. *x. de Sent. & Re Jud.* Aut (2) lite pendente rescriptum Principis insinuatum, *Nov.* 113. *C.* 1. §. 1. *verf. Sed vel.* facit, *l.* 11. *C. de Jud. Nov.* 82. *Cap.* 13. Aut (3) secundum exempla legibus contraria, *arg. l.* 13. *C. de sent. & interloc.* Aut (4) Judex propterea expressim contra jus sententiam tulerit, quod putarit, jus esse iniquum. Etenim Juris autoritas non est in judicantis potestate, *l.* 15. *pr. ff. ad municip. l.* 1. §. 4. *ff. ad SCtm. Trebell.* nec licet Judici de LL. postquam jam sancitæ & firmatæ, judicare, sed secundum Leges, nec ab iis recedere, quamvis duræ, modo certe de earundem mente ex verbis claris constet; tunc enim lex casui sine omni moderamine applicanda: Judicis inferioris est legem sequi, superioris duritiem emollire, *l.* 9. *l. fin.* §. 1. *C. de LL. Nov.* 82. *C.* 10. *l.* 8. §. 2. *C. ad L. Jul. de vi publ.* Quæ sententia autem non jus in *thesi* vel *constitutionis*, sed in *hypothesi*, aut *jus partis* tantum impugnat, illa ipso jure valet, & non aliter impedit executionem, quam si ab eadem tempore legitimo provocatum. Prioris sortis sententia actionem judicati non producit & executionem, Nullitate continuo obstante.

§. XXX.

Huc pertinet quoque *Nullitas* sententiæ, si ea ex *falsis instrumentis*, quibus sciens adversarius usus, & quæ Judex sequutus, *l.* 2. *l.* 3. *C. si ex fals. instrum. seu test.* lata sententia, quæ nec judicati relinquit executionem, quam nullitatis exceptio impedit & excludit: de quo dubitare velle non sinit textus clarus *in L. fin. Cod. si ex fals. instrum. vel test. judicat.* ita vero in ea rescribit Imperator Gordianus: *Judicati executio solet suspendi, & soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem judicantis, crimine postea falsi illato, manifestis probationibus fuerit ostensum.* & *in C.* 3. *x. in sexto de except.* vi cujus tempus ex falsi crimine impugnandi sententiam ad 20. annos currit. Non possu-

possumus ergo in Menoch. *L.* 2. *de Arbitr. Iud. Quæst.* C. 15. Vasq. *l.* 2. *Controv.* C. 36. *n.* 16. Bach. *ad Treutl.* V. 1. *th.* 5. *lit. b.* & aliorum condescendere sententiam, quamvis communem, *in integrum restitutione* hic opus esse, arbitrantium. Potius adstipulamur Brunnem. *ad l.* 33. *ff. de Re Iud.* nullitatem hic agnoscentem, ita tamen, ut agendo Nullitas intra 20. tantum annos adduci possit.

§. XXXI.

Late, ut ex brevibus deductis patet, diffundit se *Nullitatis querela*, non tamen *moribus* pariter ubique approbata. In *Imperio* per Recess. *de anno* 1654. §. 122. à sententiis contra jus apertum latis, licet nullæ, intra decendium, si quis eas in rem judicatam transire nolit, est appellandum, nisi nullitas sententiæ manifesta sit, & insanabilis, aut ratione *Judicis*, si ille adeo fuerit incompetens, ut ne quidem ejus Jurisdictio prorogari potuerit. Mev. *part.* 1. *decis.* 100. vel ratione *Procuratoris* ex defectu mandati, aut *substantialium processus*, si forte in tergum partis testes examinati: verba *Recess. noviss. all.* ita disponunt: So soll zu Verhütung dergleichen unnöthigen Gezäncks in allen beyden Fällen, das ist, à sententia tam nulla, quam iniqua das Fatale interponendæ observirt werden: Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partheÿ, oder aus den *Substantialibus* des Processus nach sich ziehen, verbleibet es bey der Disposition des gemeinen Rechten: His casibus Nullitas sententiæ adhuc hodie intra 30. annos in judicium deduci potest. Brunnem. *Process. civ. cap.* 28. *n.* 109. In *Saxonia* non est quidem Nullitatis querela remota, est tamen ei intentandæ *constrictior terminus* præfinitus, & certa mulcta in eum, qui frivole de Nullitate conquestus, deprehenditur sancita. *Ord. Process. Iud. tit.* 38. *ibi.* Wenn aber jemand ein gesprochen Urthel einer Nullität, als ob dasselbe an ihm nichtig und krafftloß sey, anfechten wolte, so ordnen und wollen wir, daß er solches innerhalb sechs Wochen 3. Tage nach Eröffnung des Urthels anzurechnen, fürbringe, &c. so man auch hernach vermerckt, daß er keine erhebliche Ursache gehabt, soll er dessenthalben 40. fl. den Gerichten zu Straffen verfallen seyn. In *Prussiæ Ducatu* generali sanctione propter abusum, *Nullitatis instantia* est abolita, partibusque gravatis per sententiam duo tantum relicta *remedia*, Appellationis & Actorum Re-

visionis. Pr. L. R. *lib.* 1. *tit.* 45. §. 1. Derowegen wir solche Instantiam Nullitatis aus unserm Hertzogthum gantz und gar abgeschaffet, etc. Principaliter ergo in Ducatu Prussiæ non potest deduci Nullitas, sed ea est per *modum Appellationis* intra 10. dies introducenda; Quare illa deserta, ut re principali, non poterit subsistere ex ea tantum subsistens accessorium, *arg. l.* 2. *ff. de pecul. legat.* Secus est in iis locis, ubi Nullitatem principaliter deducere est permissum, in quibus Nullitatis querelæ, deserta appellatione, adhuc locus est. Mynf. *cent.* 3. *obs.* 77. Non tamen ita inferendum absolute & concludendum: non est locus in hac causa appellationi; ergo nec deductioni Nullitatis per modum Appellationis? Videtur namque in iis casibus, quibus Appellatio *quantitatis* vel *qualitatis* ratione non admittitur, ob *Nullitatem* recipienda. Quemadmodum ob perversum ordinem Processus est justa appellatio, etiamsi causa alias non sit appellabilis. Mev. *part.* 1. *dec.* 77. Sic quamvis in *Camera Imperiali* in causa matrimoniali & criminali non appellatio, Nullitatis tamen admittitur querela. Roding. *in Pand. Cam lib.* 1, *tit.* 33.

§. XXXII.

Missa querela Nullitatis, disquisitionem nostram dirigimus ad *in integrum Restitutionis Beneficium*: de quo ampla dicendi seges nascitur, sed excedit præsentis dissertationis limites; Una illa hic nobis ex diffusa restitutionis materia, delibanda venit particula, themati nostro accommoda? *Utrum scilicet beneficii in integrum restitutionis imploratio sit medium executionem suspendendi, illamque remorandi.* Nos, non tam DD. autoritates, quam leges, veritatis studio sequi potius soliti, non dubitamus affirmativæ subscribere, & asserere, utique *in integrum restitutionem petitam suspendere executionem*, sive contra *sententiam*, quod facilius conceditur, sive contra *executionem decretam* postulata fuerit restitutio: *Omnia in suo statu, postulata in integrum restitutione esse debent*, habent verba *l. un. C. in integ. rest. postul.* Ergo, ut his ipsis sua intemerata constet autoritas, est ab executione omnino temperandum. Comparatur *restitutio* cum *appellatione*, & in *l.* 32. *C. de transact.* suspendendi vis restitutioni tribuitur, sicut ergo illa, ita & hæc non tantum *devolutivum*, sed & *suspensivum* habebit *effectum. arg. l. un. C. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat.* Quod extendunt, licet *probatio* non

sit

sit in promptu, aut *tres conformes* sint latæ *sententiæ*, & contra eas restitutio postuletur; argumento ex Jure Canonico Clementino, ab *exclusa Nullitate* ad *restitutionem* non procedente. Neque, dum hæc asserimus, DD. destituimur suffragiis: Suffragantur Mynſ. *cent.* 6. *obſ.* 8. Perez *ad tit. C. in integ. restit. postul.* Gail. *lib.* 1. *obſ.* 137. *n.* 2. *in fin.* maxime vero Fachin. *lib.* 12. *controv.* 18. Berlich. *part.* 2. *decis.* 219. Lauterb. *tit. ff. de in integ. restit. in fin.* Brunnem. *ad tit. C. in integr. restit. postulat. ne quid novi fiat.* Dissentit Carpz. *part.* 1. *const.* 26. *def.* 22. & *lib.* 2. *resp.* 94. Mev. *part.* 2. *decis.* 151. & *part.* 7. *decis.* 57. *Multum interest*, inquit, *alleg. loc.* Mev. *Utrum contra sententiam, an contra executionem in integrum restitutio imploretur, ista facit, exceptis quibusdam casibus, suspendi executionem, & si quid attentetur, pro attentato haberi: at ubi jam decreta fuit executio, non admittitur ad illam remorandam restitutionis imploratio, sed ea non attenta sine ullo attentati vitio perficitur.* Lancellot. *tr. de Attent. part.* 2. *cap.* 18. *n.* 6. add. Mev. *part.* 7. *dec.* 274. Excipimus tamen (1) casum, quem & ultro dissentientibus negative reliquimus decidendum, si ex conjecturis concurrentibusque circumstantiis appareat, per calumniam, fraudem aut malitiam, & ad differendam tantum litem, malo more, restitutionem peti: *non* enim *decet beneficium Juris bona ratione introductum calumniosa subtilitate ad injuriæ occasionem protrahere* contra *l.* 8. *ff. de Præt. stipulat. l.* 4. *C. de emancip. liberor.* Attamen cum conjecturæ fallant, & is, qui malitiose petere restitutionem non improbabiliter præsumitur, obtinere aliquando possit, & quo unicuique in hunc victoriæ eventum prospectum sit, provide agit Judex, *si victori non prius executionem concedat, quam præstita cautione, quod omnia, si reus obtinuerit, restituere velit.* juxta *cap.* 6. *x. in integr. restit.* Jure *Saxonico* petita restitutio non impedit executionem: est enim deducente Carpz. *Process. civil. tit.* 19. *art.* 4. §. 4. & *resp.* 94. *lib.* 2. Restitutionis petitio in effectu simillima *Reconventioni*, quæ in foro Saxonico post conventionem demum totaliter finitam & excussam admittitur, judicato scilicet executioni mandato. Zang. *de except. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 385. Est utique dissentientis Carpz. sententia ad *forum Saxonicum*, advertente Lauterb. *in Colleg. pract. tit. de in integ. restit.* & Brunnem. *ad L. C. si adversus rem judicat.* restringenda, nam *all. loc. Process. n.* 4 videntur Carpz. illi nervum tetigisse, qui de *Jure civili* affirmative hanc quæstionem decidunt.

dunt. (2) cum Brunnem. *ad alleg. tit.* & Menoch. *Remed.* 4. *adipisc. poss.* *n.* 906. excipimus casum, quando res *celeritatem* desiderat. Sicut nec appellatio suspendit ea, quæ celerem executionem desiderant, & ubi in mora periculum. Mev. *part.* 3. *dec.* 103. *n.* 2. & 5. & *dec.* 164. *n.* 1. & *part.* 3. *decis.* 305. *n.* 2. Quid in Camera obtineat, de eo vid. Stryk. *Introd. ad Prax. forens. tit. ult.* Blum. *Proc. tit.* 57. *n.* 4. *seq.* In hoc *Prussiæ Ducatu*, cum Nullitatis instantia & restitutio in integrum contra sententias est suspensa, *specialibus* Jure Prutenico expressis *casibus* exceptis. P. L. R. *lib.* 6. *tit.* 53. *a.* 16. *ibi*: So ordnen und wollen wir, daß niemand wider gemeldete Sententias ausser den in diesem Land-Recht exprimirten Fällen hinführo einige Restitution suchen, und damit die Execution aufhalten soll, bey Verlust der gantzen Sache, und Straff 200. fl. Poln. unserm Hof-Gericht zu erlegen.

§. XXXIII.

Nunc *de Supplicationis & Actorum Revisionis Remedio an & quatenus remorentur executionem* subjiciendum foret, sed, labore sub manu crescente, hac opera supersedemus atque benevolum Lectorem post varios Autores, qui in hujus materiæ tractatione enucleanda desudarunt, remittimus ad JCti Martini *Commentar. forens. in Ord. Proc. Jud. Saxon.* ubi utriusque remedii modernum usum sufficienter inveniet explicatum atque traditum. Horum loco potius paucis adhuc ea nobis tangenda sunt, quæ executionem in *causa criminali & matrimoniali* suspendere & remorari valeant. Eo *facilius* autem in hisce causarum generibus executionis admitti potest suspensio, quo sunt *majoris præjudicii, & illorum executio irretractabilis*, & quo minus sententiis in hisce causis latis *rei judicatæ* obstat *autoritas*; non enim dicuntur Doctoribus *matrimoniales* sententiæ & *criminales* abire in rem judicatam. Brunnem. *ad L.* 4. *C. de Re Jud. & ad L.* 39. *ff. solut. matrim.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 112.

§. XXXIV.

Quod itaque *causas* attinet *criminales*, non dubitamus asserere & ita breviter concludere: *Quæcunque exceptiones, remedia & beneficia morari & suspendere valent executionem civilem, illæ eo magis remorabunt criminali*, modo sint ita comparata, ut perinde *causis criminali-*

bus

bus possint applicari, sicut *civilibus.* Quæ inductione exemplorum hac vice deducere instituti non fert ratio. Potius summo, quod ajunt digito, delibandum erit, *utrum & quædam occurrant, justaque appareant, ut, quamvis reus prævio accusatorio aut inquisitorio processu, confessus aut convictus jam sit, & ad locum supplicii jam ducatur, nec non carnifici ad pronunciatam pœnam infligendam traditus, ipsum tamen executionis atque inflictionis pœnæ actum differre & suspendere valeant.* Firmiter præsupposito, reum concessis dilationibus ad defensionem aut innocentiæ deductionem esse admissum, sufficienter auditum, & juris ordinem legitime servatum, sententiamque, prævia matura deliberatione causæque cognitione, esse latam, (secus enim, si forte sententia capitalis à *Principe irato* lata, quæ non statim, sed demum *post* 30. *dies* executioni danda, forte interim super statu condemnatorum & fortuna suspensa, *l.* 20. *C. de pœn. C. non decet* 2. *dist.* 10. cujus sanctissimæ constitutionis suasorem fuisse Ambrosium notat Gothof. *ad all. loc.* addita ratione, dilationem Principis iram mollire atque temperare posse, juxta illud Senecæ in Agamemnone: *Da tempus ac spatium tibi, quod ratio nequit, forte sanabit mora.*) ipsam executionem quidem non esse differendam, sed convictos velocem subducere debere pœnam, ex quamplurimis Juris Romani legibus erudimur, *l.* 18. *C. de pœn. l.* 5. *C. de custod reor. l.* 6. *ff. de pœn.* & aliisetiam rationum momentis, quæ recensere nimis foret prolixum, convincimur. Interim tamen, his ita etiam se habentibus, reoque satis audito & defenso, arbitramur, *interdum* non esse illa *in actu executionis criminalis* susque deque habenda, quæ ab ipsis reis mortem subituris, nunc demum, *instante ultimi supplicii infligendi hora & momento,* ad differendam executionem allegantur. Ponamus enim, ad mortem damnatum suppliciique locum deductum, caputque infami ictui aut laqueo exponere paratum, asserere, *se habere aliquid Principi recitandum, ejus personam, statum, salutem insigniter concernens, seque non vitæ, sed Principis conservandi gratia supplicii dilationem exoptare:* prout talem casum, (qui facile ob initam conjurationem in modernæ Regiæ Majestatis M. Britanniæ perniciem in damnatis ad ultimum supplicium denuo contingere potuisset) nobis exhibet *Lex.* 6. *ff. de pœn.* cujus legis decisioni, si stricte absque circumstantiarum habito discrimine inhærendum, plane non foret differenda eo nomine executio: ita enim fert opinio Ulpiani in *all. l.* 6.

Prorsus, ajens, *non debuisse eos, posteaquam semel damnati sunt, audiri, quicquid allegent, quis enim dubitat eludendæ pœnæ causa ad hæc eos decurrere? magisque esse puniendos, qui tam diu conticuerunt, quod pro salute Principis se habere jactant, nec enim debebant tam magnam rem tam diu reticere. loc. alleg. 6.* Sed fert *aliorum JCtorum* opinio, cui & nostrum calculum subjicimus, pro *conditione personarum* hujusmodi allegationes & promissiones non esse aspernendas, bene inter alios observante Emanuele Svarez à Riebeiza *in annot. ad Gomez. tom 3. Resolut. C. 13. num. 35.* qui ita *citato loco Ulpiano* se opponit & respondet: *nam ut multi eludendæ pœnæ causa, id allegare videantur, tamen & elusio brevibus terminis circumscribitur, & nonnulli id aliquando vere affirmare possunt, plurisque faciendum est; posse unum aliquem, quod è Principum salute vel è republica sit, detegere, quam multos aliquantum temporis à suppliciis perpetiendis interquiescere: nec item, quia tamdiu quis tacuit, quod tantopere enunciare decuit, & idcirco pœnam commeritus est, si tandem necessitate coactus palam illud vult facere; Princeps brevi temporis momento suam ac Reipublicæ utilitatem debet postponere.* Itaque addit, *caute hac in re sese judices gerere debere tum existimo, tum moneo.* Neque nos aliter existimamus, aut monere possumus, ab una parte insignem pro salute Principis ac Reip. etiam in spe tantum militantem favorem, ab altera parte modicum executionis interstitium, & de vita hominis cunctationem, quæ nunquam longa, pensitantes.

§. XXXV.

Huc pertinere arbitramur, *si confessus aut convictus in indicto executionis die confessionem diris tormentorum doloribus extortam esse asserat, perque multas obtestationes ad innocentiæ præsidium provocet, neque inverisimilia innocentiæ indicia, quæ sinistram eludendæ pœnæ suspicionem penitus excludant, & Judicem præsentesque in ancipiti constituant.* Equidem non ignari sumus, omnibus iis, quæ condemnationem præcedere & ante eam ponderari debent, rite & exacte observatis, solam revocationem non posse legitime factam condemnationem retundere. Carpz *part. 3. Prax. Crim. quæst. 126. n. 69.* ubi ita responsum testatur in verb. So mag auch an Inquisiten, die ihm vor diesem in unserm Urthel zuerkandte Todes-Straffe, gesprochenen massen, wann er gleich sein Bekändtniß für

für öffentlichem peinlichem Halß-Gericht wiederruffen solte, weil er dessel-ben überwiesen, billig exequirt und vollstrecket werden. Interim tamen, si revocatio sit qualificata, nec non verisimilibus novisque innocentiæ indiciis firmata, arbitramur quandoque justissimam executionis differendæ adesse posse causam, magno innocentiæ favore moti, qui non permittit innocentem damnari & perire, quamvis velit, cum nemo hominum sit membrorum suorum Dominus, *l. 6. ff. de appellat. l. 13. ff. ad L. Aquil.* Facit huc, quod in ore est omnium, *præstare potius decem absolvere nocentes, quam unum condemnare innocentem*, cujus condemnatio & mors non liberat reum criminosum, qui nihilominus licite & juste ordinaria affici potest pœna per tex. *l. 20. ff. de interrog. in Jur. fac.* Movent exempla Illorum, qui torti, confessi, damnati & capite plexi, post tamen innocentissimi deprehensi. Ex intolerabilibus enim cruciatibus homines interdum coguntur fateri ea, quorum nunquam fuerunt rei, atque, quo saltem torquendi fiat finis, cum fortissimi Parmenionis filio Philota exclamare: *dic saltem, quid me velis dicere.* Curt. *lib. 6. cap.* 11. Conf. Oldenkop. *in Observat. crim. pract.* ubi quadraginta duo in appendice refert exempla, eorum, qui injuste torti dolori cedentes delicta non patrata confessi, atque post occisi sunt, quæ intentioni nostræ probandæ satis patrocinantur. Præstat itaque differre executionem, quam cum injustæ condemnationis, læsæque innocentiæ periculo pœnam infligere, vitamque, cujus irreparabilis jactura, tollere. Quo gravior causa, eo majori opus est cautione, religiosissimis JCtis, Brunnemanno, Carpzovio, Oldenkopio, aliisque in suis scriptis & libris toties serio monentibus.

§. XXXVI.

Ulterius non absurde ita concludimus: *Quotiescunque alia, præter innocentiæ præsumptionem, æquitatis & justitiæ ratio executionis dilationem suadet, toties est differenda executio.* (1) Exempli loco adducimus casum, quem, ut testis ocularis, in Thuringia patria mea, ante aliquot annorum decursum in civitate Isenaco, vulgo Eisenach, quæ est Serenissimi Ducis istius territorii sedes, contigisse, & executionem ipso ejus die suspensam fuisse recordor. Quædam nefandæ immanitatis *femina*, non nere atque œconomica & culinæ negotia agere edocta,

 sed

ſed latrociniis atque deprædationibus imminere aſſueta, quam ob naturam degenerem, cum illo Philoſopho, haud inconvenienter *erratum naturæ* atque *Lænam*, aut cum Tatiano *opus diaboli* appellaſſes. Hæc ob perpetratum immani modo latrocinium fuit capta, accuſata, confeſſa atque convicta, inque confeſſione perſeverans, ad locum ſupplicii cum complicibus ducta, rotæ imponenda: cum Carnifex, in complicibus munere ſuo eſſet functus, ecce fœmina iſta, nemine vel ſuſpicari valente, allegat, *cum carceris cuſtode aut commentarienſi in carcere non diu ante Veneris uſum ſe habuiſſe*, ſeque ſe prægnantem ſentire, quo allegato, non potuit non executionis fieri dilatio, usque dum enixa, aut falſo & per mendacium fœminam ſe gravidam dixiſſe, conſtaret. Humanitatis ratio & hominis naſcendi ſpes non permittebat, cum *nocente matre partum* tollere *innocentem*. Negat Lex regia, matrem ante partum exciſum humari *l. 3. ff. de religioſ. & ſumpt. fun. & ibid.* Brunnem. Improbant & aliæ leges, *matrem prægnantem* torqueri, terreri, corpore puniri aut relegari, ne alioquin matris calamitas ad partum redundet, innocentem *l. 3. ff. de pœn.* Harp. *ad §. 5. Inſt. de publ. Jud. n.* 202. Hahn. ad Weſ. *de Stat. hom.* Richt. *deciſ. 7. n. 35.* Et perinde eſt, ſive ex licito, ſive illicito legibusque damnato coitu fœmina punienda conceperit, imo etiamſi doloſe & fraudulenter evitandæ pœnæ cauſa, cum viro conſuevisset, & ab eo eſſet imprægnata, ſuſpendi executio debet, quia executionis ſuſpenſio non mulieris, ſed partus gratia indulgetur: perinde pariter eſt, ſive mulier ſit partui proxima, ſive ante paucos tantum dies conceperit, æque enim peccat *naſcentem* diſturbans animam, atque ille, qui *natam* eripit, Carpz. *Prax. crim. qu.* 118. *n.* 54. Brunnem. *Proceſſ. crim. cap.* 8. *membr.* 5. *n.* 12. *ſeqq.* imo & *poſt partum* executionem pœnæ ſive *capitalis*, ſive alterius *corporis afflictiva*, non niſi lapſo ſex ſeptimanarum ſpatio eſſe inſtituendam monet Carpz. *alleg. loc.* & id in Saxonicis terris indifferenter ſervari teſtatur *ibi*: Jedoch wann zuvor die Weibes-Person der Leibes-Frucht geneſen, und ihre ſechs Wochen um und verfloſſen, mit dem Schwerdt vom Leben zum Tod gerichtet und geſtraffet werden. Quod tamen non *ubique* obſervatur, neque ut obſervetur, tam ſtringens ratio urget, ut puerperæ valetudinis ratione, ſi de pœna mortis agatur infligenda, differatur executio, ſed ſtatim poſt partum, ceſſante ſuſpenſionis ratione, poteſt in eam animadverti, modo alia adſit, infantem lactans:

hac

hac non inventa, mater tamdiu servanda & executio differenda. Eadem pro jam *nato* atque *nascituro* conservando militante æquitatis ratione, Richt. *alleg. decis.* 8. *n.* 7.

§. XXXVII.

Secundus, quem huc referimus, est casus, si ex peracta ex nunc statuto tempore, executione criminali, capitisque facta amputatione, vel Respublica, vel ejus membra inde ingens damnum sint passura, *v. g. si in ipso executionis die ad mortem traditus reus adhuc criminis socios nominare velit, si gravius confiteatur crimen, aut alia admissa delicta, quorum alii sunt accusati & suspecti habiti, arg. l.* 11. *§.* 3. *ff. ad L. Aquil. l.* 29. *ff. de pœn.* Aut si à Procuratore, gestore, bonorum administratore ad mortem condemnato ante supplicium *rationum redditio* exigatur, quibus non redditis, illi, quorum interest, irreparabile damnum sint passuri. Conf. *l.* 1. *C. de bon. proscript.* Franc. Munoz. de Escob. *in tract. de Ratiocin. administrat. C.* 4. *num.* 18. modo hi non fuerint in mora exigendi, & omnis fraus de rationibus differendæ executionis animo petitis penitus absit, aut non alia magis urgens in Reipublicæ favore fundata causa executionis accelerationem exigat, *l.* 6. *§.* 7. *ff. de injust. nupt. arg. l.* 11. *§.* 1. *in fin. ad L. Aquil. arg. l.* 10. *C. de fer.*

§. XXXVIII.

Inter causas criminalem executionem impedientes, reumque à supplicio liberantes antiquorum Doctorum aliqui referunt & hanc, *si puella aut meretrix appetat matrimonium ejus, qui ad locum supplicii ducitur, capitis subiturus pœnam.* Assertionis fundamentum quærunt partim *insigni matrimonii favore*, partim *in insigni charitatis opere*, quod præstat, *meretricem* ab erroris semita ad frugi vitam revocans, quod opus juxta Pontificis Canonem 20. *x. de Sponsal.* ad peccatorum proficit remissionem: verba Pontificis ita habent: *Statuimus, ut omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint, & in uxores duxerint, quod agunt in remissionem proficiat peccatorum*: partim in fere *intolerabili individuo* meretricis ac levis istiusmodi personæ *consortio*, ipsa promerita mortis pœna intolerabiliori. Carpz. *part.* 3. *quæst.* 149. *num.* 50. *Prax. crim.* Sed hæ & ejus farinæ plures rationes non satis illam à mortis pœ-

na liberationem evincunt. Non diffitemur, & *contrahendi* & *contracti matrimonii favorem* esse satis amplum, & in carnis aliisque levioribus delictis, sanguinis pœnam non ingerentibus, remissionem aut pœnæ mitigationem quandoque conciliare. Carpz. *part. 3 qu. 149. n. 56. 6. v. g. Si uxor pro marito adulterio in simplici adultero intercedat*, Pr. Land-R. *lib. 6. tit. 6. a.* 1. § 2. *ibi:* Daß alsdenn dem Ehestande zu Ehren, die Straffe etwas gemindert werde. *Si vi stuprata puella stupratori nubere velit.* Carpz. *part. 2. qu. 25. Prax. crim. in resp. ibi:* Es wäre dann, daß das Mägdlein selbsten ihn zur Ehe begehren, und haben wolte, auf den Fall ꝛc. aut *rapta raptori. C. 5. pen. & ult. x. de rapt.* Pr. Land-R. *lib. 1. tit. 3. n. 1. §. 3. ibi:* alsdenn soll solche Ehe zuläßig seyn, und die Straffe am Leib und Leben ihn dem Ehestand zu Ehren erlösen. ꝛc. Neutiquam tamen in tantum matrimonialis favor extendendus, ut Reip. tollat favorem, cujus salus efflagitat, *ne delicta sint impunita.* Si tantum matrimonio foret tribuendum, sceleratus uxoratus ob admissum delictum capitale nunquam capite plecti posset, pro *matrimonio* jam *contracto* non minus, quam pro *contrahendo* militante favore. Non ergo *Sodomitam*, *incestuosum*, *stupratorem violentum*,* *homicidam*, ab *ordinaria* possumus, salva justitia, liberare *pœna*, licet puella aut meretrix tantis inquinatos sceleribus, mortisque suplicio dignos in amplexus thori appetat. Consuetudine, si qua id inductum, uti de *Hispanorum* & *Gallorum* moribus DD. testantur, & iis fides tribui potest, revocamus eam ad censum *irrationabilium*, quæ in æternum sunt imprælcriptibiles. Conf. Finckelth. *obs.* 114. Harpr. *ad §. 9. Inst. de J. N. G. & civil. n.* 28. *& tit. de obligat. quæ ex delict. nas. §. 5. n.* 92. Rationibus adversariorum adductis, in publico conflictu, data si qua occasio, sumus satisfacturi: In eam magis DD. conspirant sententiam, *Principem* in *delictis Jure humano* punitis, *mortis pœnam* matrimonii contrahendi favore aut *remittere*, aut saltem in *leviorem* commutare posse. *arg. l. 27. C. ad L. Jul. de adult. l. 9. §. 11. l. 27. & 31. ff. de pœn.* Carpz. *part. 2. qu. 88. n. 30. ib.* in præjudicato: So wird die zuerkannte Straffe an ihm billich vollstrecket, nicht aber auf den Fall eine ledige Dirne, so vor ihn zu bitten und zu ehligen erbietig, add. Brunnem. *ad L. 27. C. ad L. Jul. de adult.* ubi nominatim excipit homicidium. Jure *Prutenico* à puellæ matrimonio & intercessione condemnati ad mortem minime dependet liberatio, intercessionibus pro condemnatis plane pro-

prohibitis. P. L. R. *lib. 6. tit. 11. a. 1. §. 2.* Gleicher Gestalt soll auch das Loßbitten, so an der verurtheilten Person geschiehet, gäntzlich verbothen seyn. Interim disponente *renovato Prutenico Jure*, si contigerit intercessio puellæ, reum in matrimonium petentis, reo ad mortem condemnato, carnificique tradito, non est peragenda prius executio, quam speciali Serenissimi aut Aulici Judicii subsecuta, aut *impetrata* resolutione. Pr. Land-R. *alleg. loc. ibi:* Welche allemal vor Vollziehung der Execution von uns oder von unserm Hof-Gericht in solchen Fällen einzuholen.

§. XXXIX.

Non pauci quoque DD. asserunt, non debere ultimam accedere executioni manum, reumque dimittendum esse, *si quid rari & insoliti in ipso executionis actu forte contigerit*, v. g. *si in loco supplicii rupto laqueo fur vivus in terram deciderit*, aut *carnificis gladius in ipso executionis actu, dum reum ferire parat, dissilierit*. Doctoribus *Pontificiis* hic casus miraculosus existit, aut *B. Mariæ*, aut *Elisabethæ*, aut alterius *Sancti* liberationi & intercessioni imputandus, &, quod miramur, de eo *sacram Scripturam* testari, obtrudunt Pontificii: ita habent verba quæ apud Gomesium legimus *Tom. 3. Resolut. C. 13. n. 37. Unde in hoc dubio justius & rectius erit, executionem suspendere, quam forte veritati & miraculi signo resistere, item quia & refert Scriptura sacra ex precibus beatæ Virginis Mariæ & aliorum Sanctorum hoc ita contigisse, & quosdam liberatos esse.* Adstipulatur Gomesio Nicol. Boer. *decis. 207. n. 19.* referens: aliquem *suspensum*, fune fracto, *beatæ Elisabethæ* meritis esse liberatum. Sed quantam hæcce merentur fidem, præoccupavit jam Oldekop. *in Pract. observat. tit. 5. observ. 9. n. 19.* Scilicet vel ob solum sacræ Scripturæ silentium non inter res gestas, sed fictas censendas, juxta illud Tertulliani: quod Scriptura sacra tacet, hoc negat. Quod autem *propositorum casuum decisionem* attinet, concise nos ita explanamus: neque *gladii ruptionem* & *laquei fracturam* esse modum, *reum à capitali supplicio*, quod improbo facto commeritus est, *liberandi* jure probatum, sed quo tenori sententiæ, quæ ita concipi solet: Daß Angeklagter mit dem Schwerdt vom Leben zum Tod gestrafft werden solle, rc. Daß Angeklagter mit dem Strang oder Ketten vom Leben zum Tod zu richten, rc. satisfiat, esse peragendam executio-

nem, ut mors sequatur. Interim non adeo alieni sumus ab illorum opinione existimantium, propter hujusmodi contingentiam differri posse executionem, ut diligentiori facta inquisitione appareat, an carnificis dolo, an vero singulari fato ad indicandam innocentiam res contigerit. De hac controversia, qui plura legere satagit, hunc remittimus ad Carpz. *part.* 2. *qu.* 88. *n.* 32. Bach. in not. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 30. *th.* 3. *lit. g.* Ungep. *exercit.* 13. *qu.* 2. Arum. *disp.* 24. *th.* 7. nobis hæc fusius persequi non licet. Jure *Prutenico* æque ut priori in §. præced. expresso casu, his ita insolito modo contingentibus est differenda executio, & Serenissimi Principis aut Aulici Judicii expectanda voluntas; Pr. Land-R. *all. loc.* §. 1. *in fin.* Und besondere Resolution, welche allemahl in solchen Fällen zuvor von uns oder unserm Hof-Gericht einzuholen.

§. XL.

Non quidem *corporis ægri* & *infirmi*, in *capitali* infligenda *pœna* habetur ratio, ut docet Carpz. *Prax. crim. qu.* 118. *n.* 54. neque id propter est differenda executio, utique tamen anxior *animæ* sollicitudo adhibenda, eoque circumspiciendum, ne reus cum vitæ naturalis jactura æternis infernalibus devoveatur cruciatibus. Hinc, quo se ad mortem per veram pœnitentiam & fidei salvificæ auxilium præparare possit, ex salutari *Caroli V.* sanctione criminali *art.* 79. triduo ante damnato executio denunciari solet. Sed quid si condemnatus *nolit pœnitentiam agere, nec peccata sua agnoscere, & gratiam Dei & meritum Christi amplecti*? dicendum, quod per aliquot temporis spatium executio quidem differenda, & omnibus modis conversio tentanda sit; si autem pertinax in impietate perseverarit, spe omni conversionis cessante, juxta Carpz. *qu.* 137. *n.* 47. Brunnem. *Processff. crimin. cap.* 7. *n.* 26. Lauterb. *Compend. Jur. tit. de Pœn.* non est longior danda dilatio, sed ob insignem condemnati pertinaciam executio potius acceleranda & peragenda. Conf. *Præjud. à* Carpz. *all. l. cit. ibi*: Und wenn er gleich sein voriges Bekäntniß vor Gericht abermahl wiederruffen würde, und von dem Prædicanten sich nicht trösten lassen, noch das Sacrament gebrauchen wolte, sondern auf seinem verstockten Sinn verharrete, so würde nichts destoweniger mit der zuerkandten Straffe, vermöge unsers vorigen Urthels, wider ihn billich verfahren. Et hoc denuo *Anno* 1687. *die*

5. *No-*

5. *Novembr. Lubecæ* practicatum fuit in famoso illo Blasphematore, ex Prutenica civitate *Tilsit* originem habente, suæque professionis serario: quanquam enim *reverendissimum* istius Imperialis civitatis *Ministerium* omnem moverit lapidem, ut animam hominis conservaret, tamen laterem lavarunt, siquidem immotus, nullisque suasionibus audiens fuit. Itaque ex *Facultatis Theologicæ* nec non *Juridicæ Wittenbergensis* responso, ad capitis amputationem, membris sub patibulo sepultis, fuit condemnatus. Hic ipse ad locum supplicii tractus usque ad extremum vitæ halitum horrendas in Salvatorem nostrum evomuit blasphemias, impiam animam tristibus & infernalibus mancipando umbris, uti hæc tristis facti species narratur in dem Politischen so genannten Wanders-Mann, *part. 3. cap. 76. p. 28.* Male ergo illi sibi consulunt, sub impietatis & desperationis prætextu executionem impedire & remorari conantes, impœnitentiæ enim & contumaciæ odio fine suo haud potiuntur.

§. XLI.

Ob verum supervenientem furorem pœnam & executionem esse non minus differendam statuimus, utut delictum sana perpetratum fuerit mente, conf. Carpz. *part. 3. qu. 145. n. 21.* adeo, ut ne quidem extraordinariæ pœnæ locus videatur relinquendus. Struv. *Exerc. 48. th. 10. ad tit. de Privat. delict.* Quod tamen limitamus (1) si quis *sumpta medicina noxia & incantatione* furorem sibi conciliaverit. Quo casu, cum fati infelicitas cesset, furor malitiose procreatus pœnæ loco esse non potest. Et quanquam modice *differri, tolli tamen neutiquam supplicium debet*, quia si impœnitentia & simulatus furor relevaret, bone Deus! quot delinquentium non foret impunitas. (2) Si *Principi vel Majestati manus fuerint illatæ*. Hic facinoris atrocitas Reipublicæ salus, privilegium furoris superat. Unde præstat furiosum ad instar bovis cornupetæ quandoque mactare, quam tanti sceleris impunitate, sacrosanctam Principis personam malorum insidiis exponere, ut nuper hujus Academiæ Professor Juris Primarius, D. Pauli &c. in suis fructuosis & eruditis de variis dementium speciebus, delictis atque pœnis, &c. occasione notabilis casus tragici hic loci contingentis, susceptis, & à me quoque cum fructu auditis lectionibus tradidit, & plenius deduxit.

§. XLII.

Modicam executionis dilationem facile illi impetrare quoque possunt, qui *Judæi, infideles & Pagani ad Christianismum in salvifica fide per Baptismum se convertere cupiunt*, neutiquam autem ab ipsa *executione*, &, quod meruerunt, *supplicio liberationem*. Nec dubitandum est, etiam in infidelitate maleficia admittentem & ante formatum adhuc processum pœnitentem, & per baptismum ad Christum se convertentem puniri posse. Etenim *remissio* peccatorum *Evangelica* non tollit *politicas pœnas* à legibus sancitas, neque Judicis secularis est, veniam, quam reus à Deo impetravit, spectare, sed factum præteritum: non qui nunc sunt, sed qui fuerunt. Teste Farinac. *Tract. de Pœn. temp. qu.* 98. *C.* 16. *In Curia Romana* contrarium servatur, liberatque *Baptismus Judæum* à pœna, quam propter delictum antea commissum meruit, etiamsi *in fraudem*, hoc est, ad pœnam evitandam se fecerit Christianum. Conf. tamen Decius *Cons.* 130. & Covarruv. *lib.* 2. *var. resolut. cap.* 10. *n.* 4. Penes *nostrates* certum est, & exempla comprobant, *Ecclesiam*, quæ est justitiæ cultrix, ob delicta condemnatos non defendere, neque *Baptismum à suppliciis* liberare.

§. XLIII.

Ad finem magis magisque properantes, ea adhuc, quæ quoad *matrimonialis executionis suspensionem* conducere possunt, colophonis loco sistimus. Repetimus hic *axioma in* §. 35. quoad executionis criminalis suspensionem traditum, & non errare videmur, idem ad *causas matrimoniales* in terminis applicabilibus extendentes, idque eo facilius, quo apertius ex DD. scriptis & traditis observamus, causas *matrimoniales criminalibus* quoad Juris dispositionem *comparari*. Gail. *lib.* 2. *obs.* 94. Franzk. *tit. ff. de nupt. rit. n.* 70. & ab his *alleg. DD.* Speciatim autem quod matrimonialis sententiæ suspensionem ita concludimus, multa paucis complectentes: *Quicquid matrimonium retro nullum declarat, aut contractum vel consummatum rescindere valet, hoc multo magis contrahendum ab initio impedit, & sententiæ matrimonialis executionem*, quæ in sacerdotali copulatione, Einsegnung angehender Eheleute, maxime sese exerit, *suspendit*. Firmiter *à contracto matrimonio dissolvendo* argumentamur *ad contrahendum impediendum*, contra autem

nequa-

nequaquam *ab impediendo ad dissolvendum*. Non una existente causa, quæ contrahendum matrimonium impediat, jam contractum autem non dirimat. Multa, ne fiant, prohibentur & impediuntur, sed facta non æque rescinduntur.

XLIV.

Quibus præsuppositis *inferimus*: (1) quamvis sententia pro matrimonio fuerit lata, perque eam matrimonii consummatio injuncta, si tamen ab una copulandorum parte, alteri matrimonii consummationem urgenti *consanguinitas*, aut *infidelitas*, aut *impotentia*, aut *fornicatio*, aut *lues gallica*, &c. ante copulationis actum allegata, actum copulationis non esse perficiendum, si super his sententia non fuit pronunciata, neque causa ante discussa, sed suspendendum potius esse hunc executionis actum, donec desuper cognitum, & ad Consistorium relatum negotium. Non est infrequens, ut docent exempla, ministris ecclesiæ aliquando injungi, certa formula præscripta, ut violatorem datæ nuptialis fidei, & nunc in repetendo consensu refractarium & renitentem copulent, ejusque consensum Consistorii autoritate suppleant, posteaquam realis & verbalis jam præcesserit admonitio, & de contractis pure sponsalibus fuerit per sententiam rite convictus. Mev. *part.* 3. *dec.* 383. v. g. Lieber N. ob du wohl auf meine an GOttes statt dir fürgehaltene Fragen mit Nein geantwortet, oder gar nicht antworten wollen, dieweil aber des Consistorii Urthel und Befehl an deiner Statt Ja gesaget, *rc.* Carpz. *lib.* 2. *decis.* 135. sicut & tunc vi mandati consistorialis recte copulationis actus peragitur, & refractarius sponsus invitus copulatur. Interim si una aut alia ex memoratis causis forte allegata fuerit, & non inverisimiliter ejus veritas ostensa, melius facere arbitramur ecclesiæ ministrum, actum executionis adhuc suspendentem & Consistorii consensum expectantem, quam si stricte præscriptam sequatur formulam, quæ & hanc tacitam subintellectam admittere videtur interpretationem, sicut & alii actus, *nisi quid novi*. Conf. Goth. *ad l.* 54. §. 1. *ff. locat. cond.* Fundamentum copulationis in invitum est *in dato semel consensu*, at non potest quis dici consensisse in eam, quam putavit extraneam personam, Christianam, viri-potentem, virginem, sanam, si postea *soror germana*, *aut propria filia*, *judæa*, *aut pagana*, *impotens & infecta esse cognoscatur*.

scatur. Conf. Hahn. *ad tit. ff. de sponsal.* Non licere Patri contrahere matrimonium cum filia, non fratri cum sorore, est notissimi juris, & de facto per ignorantiam contractum dissolvi debere, tradunt Theologi & JCti. Balduin. *in Casib. Consc.* Gerh. *de Conjug.* §. 346. *n.* 649. Conf. Carpz. *Jurispr. Consist. def.* 99. & *Jurispr. forens. part.* 4 *const.* 23. *def.* 11. Mev. *part.* 3. *decis.* 399. Infidelitatem, aut *totalem religionis diversitatem* contrahendo matrimonio esse impedimento, satis apparet ex *l. 6. C. de Jud. & Cæl.* Carpz. *part.* 4. *const.* 26. *def.* 3. Covar. *de matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 11. *n.* 3. quamvis propter textum 1. *Cor.* 7. *vs* 12. contractum de facto non videatur dirimendum. Hahn. ad Wesenb. *tit. de nupt. n.* 5. Carpz. *lib.* 2. *def.* 6. Propter præcedentem & insanabilem *impotentiam* matrimonium retro declarari nullum, communis fert DD. opinio: Harpr. *ad* §. *fin. I. de Nupt.* §. 11. *n.* 136. Carpz. *lib.* 2. *def.* 200. Lepra incurabilis aut similis *contagiosus morbus* ex DD. sententia ita est conjunctioni matrimoniali impedimento, ut propter *periculum infectionis* ne quidem inter *volentes* permittatur matrimonium. Erasm. Brochman. *in art. de Conjug. qu* 27. Amissam denique *virginitatem* & *concubitum* cum alio ante sponsalia habitum ad matrimonii dissolutionem sufficere, si reconciliatio nulla, sæpe tentata, impetrari potuerit, quamplurimi affirmant, quorum sententia nec in sententionando hactenus rejecta esse deprehenditur. Conf. *Nov. Leon.* 93. Schwend. *in not. ad Ekolt.* Carpz. *part.* 4. *const.* 20. *def.* 12. Dissentiunt Pontificii per *C. un. C.* 29. *Q.* 1. Ex his recensitis caussis, cum ex communi DD opinione Praxi approbata, *matrimonia* aut *ab initio impediantur*, aut etiam ex quibusdam illorum *dissolvantur*, aut, ut deduximus, *retro declarentur nulla*, adhuc nostræ sententiæ tenacius inhæremus, & illorum allegationes, *absque dolo & fraude*, quam exclusam volumus, factas, ut *Sacerdotalis Copulationis impeditivas* admittimus, tenore sententiæ de consummando præcise matrimonio, ejusque favore, quem alioquin magnum esse novimus, non obstante.

Hæc nunc sunt, *Benevole Lector*, quæ de hoc *executionem differente themate* Tibi *hac vice* potui sistere, elegantiora expectabis specimina, si *melior* posthac affulserit *occasio* singula accuratius & solidius deducendi. Interim & hæc levi stylo ac filo deducta æqui bonique consule, & porro benigne, ut spero, & iterumque rogito, fave.

De

Digitized by Google

De foro gestæ administrationis, Præside JOH. PHIL. SLEVOGTIO, *Doctore Phil. ac JUris Pandectarum Professore, itemque Collegii Juridici & Scabinatus Assessore, pro Licentia disputavit* JOH. AUGUSTUS Richter / *Altenburgensis Misnicus, Die* 20. *Dec.* MDCXC.

CAP. I.

Generalia quædam cum Definitione continens.

§. I.

AD cognoscendum de causis controversis, easque publica autoritate legitime dirimendas *l.* 14. *C. de Jud. l.* 3. §. 1. *ff. de recept. arbitr. l.* 21. *pr. C. de Episcop. & Cler. l.* 3. & 13. *ad exhib.* inprimis judice potestatem hanc habente opus est. Schrader. *de Feud. p.* 10. *in præamb. n.* 2. Quæ ipsa cum in se, & ratione jurisdictionis exercendæ, tum respective, & ratione competentiæ considerari debet. Struv. *Synt. Jur. Civ. Exerc.* 9. *t.* 9. Carpz. *Proc. tit.* 3. *proem.* Licet enim vel maxime quis jurisdictione gaudeat, hæc tamen in quovis Judice limitibus certi loci, vel certa qualitate personarum causarumque, imo harum quantitate *Ord. Cam. part.* 2. *tit.* 23. §. 4. Gail. *lib.* 1. *obs.* 123. Mynś. *cent.* 4. *obs.* 40. Prax. Pap. *tit.* 3. *gl.* 3. *n.* 9. circumscripta est, extra quæ nemo Jus dicere potest, *arg. l. f. ff. de Iurisd.* partim ut evitetur confusio; vid. Churf. Sächs. Policey-Ordn. *de anno* 1612. §. 9. partim propter singulare compendium, Herm. Vultej. *Iurispr. lib.* 2. nec in causis quibusque, nec in personas omnes eadem quis uti valet. Hinc publica juris dicendi potestas à competentia fori, tanquam potentia remota ab habilitate proxima distingui debet. Textor. *Prax. Jud. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 124. Quibus autem rationibus forum fiat competens, passim interpretes juris docuere. Nos in præsenti, quomodo propter administrationem gestam peculiare forum administratori obveniat, dispiciemus.

§. II.

Quod autem priori loco dicendum est, Forum juridicum (cum negotiatorio aut alias vulgariter significante foro nihil nobis rei est) sive Forus, ut mavult Zasius *in l. 2. §. 5. ff. de O. I. n. 7.* quod cum Varrone à ferendo, quia in eum locum litigantes controversias deferant, sicuti mercatores res venales, verius dicitur, quam à fando aut à Foroneo Rege, qui primus legem Græcis dixisse fertur, in *cap. 10. X. de V. S.* in jure nostro dupliciter præcipue usurpatur: vel pro territorio cujusque judicis, intra quod potest in facinorosos animadvertere, *l. si pupillus. §. Territorium. ff. de V. S.* vel pro loco, ubi jus redditur. Describitur *ex d. c. 10.* quod sit locus exercendarum litium, necessario à litigantibus adeundus. Strauch. *Diss. 21. th. 13.* Quæ posterior significatio ad nostram tractationem pertinet, eaque forum dividitur in *competens*, quod est locus congruus & proprius, ubi actor reum convenire debet secundum juris ordinem, quacunque de re controversia sit: vid. Cujac. *in Parat. C. de Jurisd.* & in *incompetens*, cujus contraria ratio est. vid. Rosbach. *Prax. Civ. tit. 3. n. 1. seqq.*

§. III.

Gestum hic nobis est idem, atque curatum, peractum. Gestum enim rem denotat sine verbis factam *l. 19. ff. de V. S.* Ideoque verbum *gesserunt* non pertinet ad testandi jus *l. 20. eod.* Quædam enim aguntur, quædam geruntur, quædam contrahuntur. *d. l. 19.* Atque ita stricte accipitur. Late autem gerere est facere, agere, curare, administrare, asserere, contrahere: unde, quid negotii geritur? Cic. *de Finibus*, aliquid negotii alterius gerere; Id. *pro Cæcin.* gerere Remp. habetur in *l. 11. ff. de usur.* gerere pro herede *l. 20. pr. ff. de acquir. her.* gerere contractum *in l. 15. C. de don. inter vir. & uxor.*

§. IV.

Administratione ex præpositione *ad* & verbo *ministrare*, quod denotat operam suam alteri præstare, composita, nobis procurationem, gubernationem, officium significat.

§. V.

Jam, quia Tullii effato omnis, quæ à ratione suscipitur de aliqua

qua reinstitutio, debet à definitione proficisci, ut intelligatur, quid sit id, de quo disputetur, forum gestæ administrationis describo, quod sit locus exercendarum litium, vid. *l.* 4. *C. de Jurisd.* ubi, tanquam in loco gestus, administrator negotii alieni *l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin.* circa rationis redditionem conveniri & defendi debet. *arg. l.* 54. § 1. *ff. de Procurat.*

§. VI.

Genus ex præmissis apparet. Differentia comprehendit subjectum, objectum & formam, quæ posita est in necessitate, lege introducta, ob quam administratorem præcise in loco gestus, respectu illius agere & conveniri oportet, satisque demonstrat, qua ratione forum hoc in genere à reliquis omnibus, in specie autem à foro contractus distingui debeat. Sane quoad hoc, reus, sive ubi contractum est, reperiatur, sive secus, ibidem jure civili recte convenitur, *arg. l.* 19. §. 1. *ff. de Iud. & Nov.* 96. §. 1. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 29. quanquam Jure can. & hodie citatus absens comparere non teneatur; *cap.* 1. §. *contrahentes de Foro compet. in* 6. Gail. *lib.* 2. *obs.* 36. *n.* 14. Coler. *de Proc. Ex. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 44. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 30. *n.* 3. At illud interest, quod in foro contractus nemo necessario, & domicilio plane excluso, conveniri debeat, sed, an actor in loco domicilii, an vero in loco contractus, quoad commodum fuerit visum, reum convenire malit, integrum ipsius relinquatur arbitrio; modo alterutrum nondum elegerit, nec reus ad illud citatus fuerit, adeoque propter præventionem variare non liceat; *l.* 30. *de Iudic.* Mynf. *cent.* 4. *obs.* 26. Cum è diverso in rationibus reddendis specialiter constitutum ea ratione sit forum gestæ administrationis, ut liberum non sit actori, administratorem vel in loco domicilii, vel gestæ administrationis convenire, prout autumat Vultej. *d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin. n.* 5. sed ut necessario in loco gesti negotii, nec alibi adversus administratorem experiri illum oporteat. Ex altera parte, forum gestæ administrationis nec cum illo, quod alio respectu privilegiatum ratione causæ dicitur, nec cum illo, quod reus jure communi in loco delicti, rei sitæ, propter connexitatem causæ, vel prorogatam jurisdictionem nanciscitur, confundi debere, ex designati subjecti objectique qualitate efficitur.

§. VII.

§. VII.

Cæterum circa reliqua definitionis propositæ verba quæri potest, quisnam gestæ administrationis locus dicatur, & ubinam negotium gestum esse, quoad effectum fori hujus sortiendi, debeat intelligi? Scilicet tutelam administravi Lipsiæ, sed nomina pupilli exacta sunt à me Francofurti: conveniendusne sum isthic, an vero illic? & resp. hoc Lipsiæ debere fieri. Nam ubi habitavit gestor, & curam alienarum rerum habuit, ibi administratio facta censetur, cum multum inter hanc curam & expeditionem ejus interesse certum sit. vid. Mevius *part.* 1. *decis.* 299.

§. VIII.

Ratio hic significat ultro citroque dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem. *l.* 6. §. 3. *ff. de edendo*, sive scripturam quandam datorum & receptorum causa negotiationis communis. Joh. Rudiger *cent.* 4. *obs.* 25. & in publicam & privatam dispescitur. vid. Jacob Döplers Getreuen Rechnungs-Beamten *cap.* 1. *&* 2. Reddere autem rationem, est eandem diligenter computandam & dispungendam offerre, ut is, cui ea redditur, calculo adhibito conferat, cognoscat & dispungat, simulque id, quod relinquitur pariare, sive reliquum, quod datis acceptisque collatis debitum manet, solvere. vid. *l.* 69. §. *Servus. de evict. l.* 89. §. *ult. de V. S.* Vultej. *ad d. l.* 1. *n.* 4. Unde eleganter Cicero *lib.* 1. *de Officiis:* Hæc igitur & alia circumspicienda sunt in omni officio, & consuetudo exercitatioque capienda, ut boni ratiocinatores officiorum esse possimus: & addendo deducendoque videre, quæ reliqui summa fiat: ex quo, quantum cuique debeatur, intelligas. Hinc in specie ratione tutoris requiritur (1) inventarii exhibitio, vid. *l.* 7. *de administ. tut.* (2) rationum computatio ac justificatio *l.* 82. *de constit. & demonstr.* (3) residui restitutio *d. l.* 82. *&* 111. *eod.*

§. IX.

Quinimo rationis editio etiam ad modum gestæ administrationis extendi debet, vid. Berlich. *part.* 2. *decis.* 274. *& dec. Sax. El. nov.* verbis: **Und der Verwaltung halber Bescheid und Antwort zu geben schuldig.**

CA-

CAPUT II.

De Personis & causis, in quibus forum hoc procedit.

§. I.

VI exhibitæ descriptionis in genere tenendum, & apertissimi juris est, eumqui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, præcise ubi hæc gessit, rationem oportere reddere. *l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin. l.* 54. §. 1. *ff. de Procurat. l.* 36. §. 1. *de Judic. l.* 19. §. 1. *eod.* Escobar. *de ratiocin. c.* 7. *n.* 2. Gilh. *Arbor. Jud. c.* 1. *p.* 2. *n.* 14. Guttierez. *de Tut. part.* 3. *cap.* 10. *n.* 125. Socin. *Conf.* 31. *inf.* Textor *Prax. jud. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 31. Reyger. *Thes. tit. Administrator. n.* 10. *Mev. part.* 5. *dec.* 299. Carpz. 2. *resp.* 33. *& tit.* 3. *art.* 6. §. 4. Eamque necessitatem, eumque exclusivum legum allegatarum intellectum satis confirmant verba earum: Debet & oportet, ut & in *l.* 2. *C. ubi de ratiocin.* verba: nemo fori præscriptionibus utatur: quamvis Brunnem. *in d. l.* 19. *de Jud.* cum Berlich. *dec.* 274. Gilh. *c.* 1. *p.* 2. & Neurath. *de ratiocinariis.* 54. (qui tamen *p. sequ.* 55. sibi contradicit,) electionem fori aut contractus aut domicilii actori hic tribuat, existimans, privilegium hoc in solius actoris favorem introductum esse: cum ex subsequentibus diversum judicandum veniat.

§. II.

Ratio autem hujus rei suppeditatur in *d. l.* 2. *C. ubi de ratiocin.* quod in loco gestæ administrationis & instructio sufficiens & nota testimonia & verissima possint documenta præstari. Ex qua ipsa judex in loco perpetrati criminis, quasi in re præsenti cognoscere dicitur *Nov.* 69. *c.* 1. *th.* 1. & Cicero *in Orat. pro Quint.* argumentatur, verisimile non esse, Quintium debuisse quid ex societate Mevio, quod hic illo mortuo, cum heres ipsius Quintii in Galliam ad eum venisset in agrum communem, ubi non modo res, sed ratio quoque omnis & omnes literæ fuissent, certiorem non fecisset aut appellasset. Quæ

facilitas, cum ad juste decidendas & breviori tempore minoribusque sumtibus finiendas lites plurimum conferat; quod, ut fiat, postulat & utilitatis publicæ & privati utriusque litigantis compendii ratio, *l. 13. Cod. de Judic. l. 4. §. 1. de Al. jud. mut. cauf. fact.* vid. Carpzov. *in Præloq. ad Proc. & Ord. Proc. Sax. El. tit. 1.* §. besonders abtr. ad hoc forum constituendum legislatores sufficienter movere debuit, idque eo magis, quo favorabiliores ipsæ rationum redditiones esse solent. Singulare sane est, quod ex *l. 16. pr. ff. de publicanis* probare volunt Dd. nimirum, quod si quis vendiderit servum, qui sua negotia administraverit, nondum autem administrationis rationem præstiterit, ille servum ab emptore pro eodem pretio possit evincere, donec sibi ratio reddatur. Escobar. *de ratiocin. c. 3. n. 5.* Affinis est illi rationi ea Wesenbecii, *ad tit. cit. C. ubi de ratiocin.* actiones scil. de ratiociniis vel ideo in loco gestus oportere institui, quod eæ realium naturam videantur imitari, ideo forte, quia ratiocinia plerumque de rebus in loco gestus sitis exigantur, quæ & ipsa quidem potest videri probabilis. vid. Perez. *ad d. l.*

§. III.

Agunt igitur & conveniuntur in foro hoc administratores tam publici quam privati. *per rubr. d. t. Cod. ubi de ratiocin. tam publicis quam privatis agatur. & l. 2. eod.* Judices scilicet Provinciarum. *Nov. 129. c. 23.* Consules & Rectores civitatum aut villarum, qui rationibus bonorum Reip. sunt obnoxii. Soc. *Consil. 73.* cæterique Rationales, Officiales & Magistratus. Carpz *d. 2. resp. 33.* Universitates *l. 4. C. quib. ex cauf. maj. l. 22. §. ult. verf. & Civitates ff. eod. l. 3. C. de Jure Reip.* earumque Syndici, Bald. *ad L. 2 C. ubi de ratiocin.* Argentarii *l. 4. ff. de edendo. l. 19. §. 1. l. 45. ff. de Judic.* Milites. *d. l. 2.* Primipili. *arg. l. 4. C. de primipilo,* quos tradunt Dd. eosdem cum Præfectis legionum fuisse, ad eosque armorum, equorum vestium annonæque militaris curam olim pertinuisse. vid. Brunnem. *Comment. h. t.* Orphanotrophi. Molin. *in Consuet. Parif. tit. 1. §. 6. gl. 6. n. 5.* Curatores, pupilli, minores *arg. l. 54. §. 1.* Berl. *part. 1. dec. 273.* quique pro tutoribus se gesserunt. Cœl. Bich. *decif. 380. n. 17.* Fratres, qui communia bona pro indiviso possessa administraverunt, cæterisque fratribus ad rationem reddendam sunt obnoxii, Abbas *conf. 12. n. 5.* Dec. *conf. 25. n. 5.*

Ne-

Digitized by

Negotiorum gestores, *l. 36. §. 1. ff. de jud. & d. l. 1.* Procuratores & institores, qui procuratoribus ad negotia æquiparantur. Jo. Kopp. *dec. 21. n. 4. seqq.* Executores ultimarum voluntatum, *arg. d. l. 1.* qui & inventarium debent exhibere, vid. Prax. Pap. *tit. 35. gl. 6. n. 18. seqq.* Eorumque heredes, *arg. l. 3. §. 7. de negot. gest. l. 1. §. 16. ff. de tut. & ratim. distrahend.* Et quia, quando respectu certæ causæ per legem civilem alicui universaliter attribuitur Jurisdictio, sub eadem & Clerici, in quibus viget illa qualitas, in qua fundatur Jurisdictio, active & passive comprehenduntur, etiam in præjudicium ordinariæ jurisdictionis, Jason *in l. 32. ff. de Legibus. n. 39. & in Prælud. Feud. 1. quæst. princ.* & quia Clerici secularem administrationem ultro recipientes quodammodo ab Ecclesiæ gremio dejiciuntur; *arg. Nov. 123. cap. 5. Episcopus dist. 88.* eosdem Clericos etiam, qui coram seculari Judice administrationem publicam secularem sui lucri causa susceperunt, coram eodem in loco administrationis conveniendos puto cum Stracha *de Mercat. 3. n. 9.* & Brunn. ad *tit. ubi de ratioc. n. 9.* Quemadmodum laici administratores rei ecclesiasticæ, coram judice ecclesiastico loci gestus respondere tenentur. Escobar. *d. tr. c. 2. n. 57.* nisi adhuc litigetur, an laicus fuerit administrator loci pii, hoc enim casu procul dubio coram seculari judice ille conveniendus erit.

§. IV.

Quinimo generaliter forum gestæ administr. procedit, licet administrator fori privilegio gaudeat. vid. *l. 7. C. de jurisd.* Reyger. *c. l. Mev. part. 7. dec. 391.* Unde idipsum non declinatur exceptione juris provocandi domum, sive privilegii de non evocando, *arg. l. 2. §. 4. ff. de judic.* Christin. *vol. 2. dec. 23. n. 8.* & privilegium Scholarum hic cessat, ex Salgado *Labyr. p. 1. c. 7. n. 39.* Brunnem. *ad. d. tit. Cod.* nec miserabiles personæ, quæ alias habent privilegium *l. unic. C. Quando imp. int. pup. & vid.* possunt petere, ut ratiocinia suarum administrationum coram Principe aut alio judice calculentur, cum de natura hujus causæ sit, ut ratio reddatur, ubi facta fuerit administratio, ne officium administratoris ipsi damnosum sit. Escobar. *d. tr. c. 7. n. 56.* Ex eadem ratione apud Pontificios familiares & ministri sanctæ, ut vocant, Inquisitionis, licet regulariter propter delicta sua coram secu-

lari judice non possint conveniri, ab ipsoque puniri, tamen si aliquam gesserint administrationem, & in ea peragenda deliquerint, à judicibus secularibus capiuntur & puniuntur. *idem ibid. n.* 10.

§. V.

Ampliatur quoque supra dicta regula quoad heredes, ut ex Primipili causa liberi, etiamsi patribus heredes non existant, coram hoc judicio paternæ administrationis rationem reddere debeant; *arg. l.* 4. *C. de Primipilo.* vid. Brunnem. *ibid.* & Struv. *Synt. Iur. Civ. Ex.* 9 *th.* 8. Et porro procedit, sive administrator, tutor, vel curator domicilium in loco gestus habeat, sive secus. *d. l.* 19. §. 1. *verf. & si ibi domicilium non habeat. ff de judic.* Vultej. *ad d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin.* nec ibidem degat; Vultej. *ibid.* Azo *in summa Cod. d. t.* gloss. *in d. l.* 19. §. 1. *de judic.* Imo, si tutor conventus latitet, & ibi non habeat bona, pronuncietur de mittendo in possessionem, fitque executio per judicem, ad cujus curiam pertinet. gloss. *ibid. vid. dict. Nov.* 128 *C.* 23. *&* 24. Quamvis Brunnem. *ad. d. l.* 19. hic iterum contrarium, & pro absurdo statuat, illum, qui v. g. tutelam administravit in Bohemia, sed propter religionem ejectus transtulerit domicilium in Misniam, non in Misnia, sed Bohemia conveniri debere; quia, cum fieri posset, ut ille nunquam in Bohemiam revertatur, concedi hoc deberet, conveniendum esse eum absentem in Bohemia per subsidium juris, alias enim nullibi conveniri posset. Licet enim Vultejus *ad d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin.* à Carpz. *in d.* 2. *resp.* 33. recte notatus, de contraria assertioni nostræ consuetudine testetur: attamen Brunnemannus cum non satis distinguere videtur forum contractus à proprio hoc, & peculiari reddendarum rationum loco, ut vocatur ab ipso Vultej. *d. l. n.* 4. tum absurdum, ubi ejusmodi nihil est, quærere; cum & per procuratorem administrator comparere possit; tum legibus esse contrarius. Quinpotius porro non modo defendi & conveniri debet hoc in foro administrator, etiamsi ibidem non inveniatur, sed & ad idem remitti. Gloss. *in d. l. Cod. ubi de ratiocin. verb. cum qui. verf. & an debeat.* Bald. *eod.* 11. 2. *verf. sed quid si ille.* Vultej. *ibid. n* 9. Azo *in summa Cod. ibid.* Wesenb. *ibid. n.* 2. Panormit. *in c. ult. X. de foro compet.* Felin. *ibid. n.* 21. Christin. *vol.* 2. *dec.* 23. *n.* 9. Confer. Covarr. *Pract. qu. cap.* 10 *n.* 4.

modo

modo ille, cui ratio redditur, locum domicilii consentiente adversario non elegerit; hoc enim facto, nec respectu solutionis reliquorum ad locum administrationis hunc remitti, sed per requisitoriales bona ipsius, ubicunque sita fuerint, pro complemento justitiæ capi oportebit. Escobar. *dict. tr. cap.* 7. *n.* 5. Prædicta tamen, cum remissio hodie urbanitatis, & arbitraria, non necessaria habeatur, nisi ubi diversi magistratus uni communi territorio subsunt, vid. Covarr. *d. tr. qu.* 11. n. 10. Rauchb. *part.* 1. *qu. ult.* Berlich. *part.* 2. *decis.* 103. *n.* 9. aut inter duos Principes pacta hoc admittentia observantur, dubia videri possunt.

§. VI.

Nec excluditur fori hujus necessitas, etiamsi adsint alio in loco testimonia administrationis, quod quidem volunt Mont. *de Tut. cap.* 39. n. 218. Christin. *vol.* 2. *d.* 160. Wesenb. *d. t.* Cum enim, uti patet ex præmissis, forum hoc ideo constitutum sit esse necessarium, quod in loco gestus & instructio sufficiens & testes noti, & verissima documenta possint præstari, non utique sufficiet adesse alio in loco libros rationum & documenta, nec enim ideo continuo certum erit ea esse verissima, sed sæpius circa documenta producta, præprimis ea, quæ vocant Beylage, quæstio falsi orietur, anteque omnia debebit ea decidi. vid. *Dec. El. Sax.* 88 hocque ipso ubi deinde testes extranei nominabuntur, litigium mirum in modum producetur; unde etiam alias nominatio illa extraneorum testium odiosa est, & ubi alia ratione refrenari nequit, calumniæ juramento coërceri solet. *vid. Ord Proc. Sax. El. tit.* 23. Nec præterea documentis possunt expediri omnia; Ergo & testimoniorum facilitas requiritur. Zumahl da bey Abhörung derer Rechnungen auf die Posten fleißig inquirirt werden muß. Zum Exempel müssen bey einem Beamten sub Rubr. der Straffen aus jeglichem Dorff die Unterthanen specifice befraget werden, was einer oder der andere bey währender des Beamtens Dienstzeit an Straff-Geldern, wie viel, worfür etc. entrichtet habe, worüber ihnen, denen Unterthanen, zwar keine Quittungen öffters pflegen ertheilt zu werden; Ingleichen pflegt zwar bey der Vieh-Nutzung das Absterben eines Schaafs mit dem Fell bescheiniget zu werden; weil man aber weiß, daß Schäffer und Verwalter bißweilen ingleichem Prædicat seynd; So ist nöthig, daß scharffe Nachfrage bey an-

andern Leuten gehalten werde, dann es so klein nicht gemacht wird, die Leute wissen allwege etwas darvon: Neurath. *d. tr. n.* 81. Ex quibus constat opinionem istam haud facile procedere.

§. VII.

Ampliatur ulterius regula nostra, ut si administrator libros rationum extra locum administrationis tempore rationis reddendæ habeat, eos propriis expensis ad locum reddendæ rationis debeat adducere. *arg. l.* 4. §. 5. *ff. de edendo.* Escobar. *d. tr. cap.* 7. *n.* 4. Uti è diverso administrator, si cum degeret adhuc in loco gestæ administrationis, principali minori, vel alii hujusmodi rationem obtulerit, hic autem fuerit in mora eam accipiendi, non quidem liberatur, quod Surdus *de alim. tit.* 1. *qu.* 47. *n.* 11. statuit, sed eum nihilominus in loco gestus, attamen expensis ipsius principalis, rationem oportet reddere. Brunnem. *ad d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin.*

§. VIII.

Respectu objecti comprehendit forum hoc rationes qua publicas & quasi tales, qua privatas *arg. rubr. Cod ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agatur.* Civiles & militares, *d. l.* 1. & 2. *Perez d. tr.* & consequenter ad omnia negotia, etiam mere privata, ex quorum administratione gestor ad rationem reddendam adstringitur, pertinet. Cujac. *ad d. l.* 2. *eod.* Nec enim leges allegatæ ita corrumpendæ sunt, ut intelligantur de illis duntaxat negotiis, quæ vel principaliter ad loci ejus magistratum pertinent, qualia sunt ratiocinia præstanda propter administrationem rerum ad rempublicam spectantium, vel quæ in consequentiam magistratum attingunt, ut sunt ea, quæ propter administrationem tutelæ vel curæ exiguntur, cum intersit magistratus, ut pupillis satisfiat à tutoribus, ne ipsimet deinceps conveniantur. *tot. tit. ff. de magistratib. conveniend.* & §. 2. *I. de satisdat. tutor. & curat.* quod quidem tradit Zanger *d. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 194. Quandoquidem *in dicta Lege Cod. ubi de ratiocin.* verba: sive ex quocunque alio titulo administravit, & ratio in fine *l.* 2. *eod.* multo patent latius, quam ut ad rationes publicas vel tutoris administrationem restringi debeant; & ubi eadem est ratio, ibi idem jus statui oportet; *l.* 32. *ff. ad L. Aquil.*

præ-

præsertim ubi ea ipsa est expressa, & magis comprehensiva quam extensiva interpretatione opus est; quæ ipsa extensio, & in dictis legib. magis comprehensio, procedit, licet major sit ratio in uno quam in alio. Bald. Jason *in Auth. quas rationes de SStis Eccles*. Sylvan *const.* 11. n. 65. Crot. *cons.* 84. *n.* 7. Quinimo Callistratus *in l.* 36. §. 1. *ff. de judic.* inquit: Senator si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet judicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere Julianus respondit, cum sua sponte hanc obligationem sibi contraxit: illoque ipso quæstionem, an Senator, si in provincia aliena negotia gesserit, privilegio fori vid. *l.* 1. *C. ubi senat.* se defendere possit, negative decidit. vid Brunnem. *h. l.* 36. sicque & gesta negotia objectum fori hujus constituunt; Atqui hæc neque primario neque secundario illo modo ad magistratum spectant; Ergo & privata ratiocinia foro huic necessario conveniunt, quod etiam vel ipsa rubrica *d. l.* satis indigitat.

§. IX.

Quod amplius de directa adversus administratorem competente actione dispositum, idem quoque ad contrariam actionem concessam administratori ob id, quod sine culpa ipsi abest propter administrationem, ob identitatem rationis extendendum est, Vultej. *d. l.* 1. Carpz. *Process. tit.* 3. *artic.* 6.

§. X.

Advertendum quoque hic est publicas rationes, forte bonorum publicorum non privatim in domo alicujus officialis publici, sed palam in domo concilii apertis januis, & coram procuratoribus sive tribunis communitatis dispungi debere, nec quemlibet popularium, qui talibus rationibus assidere velit, rejiciendum esse, cum posset errorem aliquem, fraudem vel dolum ab officialibus commissum animadvertere, sed unicuilibet de populo facultatem audiendi, & videndi dispunctiones rationum concedendam esse. *arg. c.* 29. *de R. J. in* 6. *vid. l. f. C. de debitor. civit. & l. f. in f. ff. de administr. rerum ad civit. pertinent.* Bobadilla *Pol. tit.* 15. *cap.* 4. Brunnem. *ad d. t. Cod. ubi de ratiocin. num.* 3. & 4.

CAPUT III.

De Restrictione hujus Fori, & quibusdam circa materiam hanc ulterius observandis.

§. I.

NOn autem procedit forum hoc, si creditor adversus civitatis administratorem, qui pecuniam in utilitatem ejus non vertit, adeoque ipsi creditori tenetur *l. un. Cod. de Solut. & liber. debitor. civ. l. 27. de rebus cred.* in loco gestus experiri vellet; conveniretur enim non ut administrator, sed ut mutuatarius aut alias debitor simplex, vid. Berl. *part. 3. dec.* 303. Et Clericus fori sui privilegium non amittit, quando permittente jure *c. pervenit. dist.* 87. *c.* 1. *&* 2. *dist.* 88. tutelam vel curam legitimam, vel miserabilium personarum coram seculari magistratu acceptat. Escobar. *d. tr. cap.* 7. *n.* 24 vid. Brunnem. *d. tit. Cod. ubi de ratiocin.*

§. II.

Quin potius si inter plures tutores etiam adsit Clericus, tunc quoad judicium reddendarum rationum tutores laici omnes cum Clerico propter causæ continentiam ad judicem ecclesiasticum remittendi sunt. Socin. *in c. pendentiam* 2. *c* 23. *n.* 80. *inf. & in* 8. *fallent. sub fine & de præscript. c.* 4. *n.* 6 Stephan. Gratian. *tom.* 4. *discept. for. c.* 641. *n.* 5. *& seqq.* Bart. *in l. ult. ff. de Collat. & in l.* 32. *n.* 2. *C. de appell.* Puto tamen causam commode dividuam dividendam & Clericum apud judicem ecclesiasticum, Laicum vero apud secularem esse retinendum, quod tradunt And. Capyc. *d.* 137 *n.* 1. Covarr. *Pract. qu. c.* 34. *n.* 2. Notandum quoque hic, quod si Clericus propter ratiocinia secularia capiendus & incarcerandus sit, hoc fieri debere per judicem ecclesiasticum, non per secularem; dummodo non sit suspectus de fuga, hoc enim casu capi etiam poterit per judicem secularem, ut ducatur ad episcopum suum. Escobar. *d. tr. cap.* 7. *n.* 21.

Digitized by

§. III.

Deinde Foro huic necessario locus non est, ubi utraque pars. *arg. C. quod omnes de R. J. in 6.* eidem vel tacite vel expresse *arg. l. 2. ff. de reb. cred.* renunciaverit. *arg. l. 41. ff. de minor.*

§. IV.

Porro ob rationes tantum edendas forum hoc sustinere nemo cogitur, Vultej. *h. l.* Neurath. *de rationar. p. 57. seqq.* contra Cujac. *in Parat. ad d. l. 1. Cod.* Rationem enim reddere, quod leges allegatæ requirant, plus est, quam edere *l. 56. l. 59. §. 6. ff. de V. S. l. 53. ff. de testamento manumissis. l. 44. ff. de administrat. tut. l. 8. §. 3. l. 28. §. 7. §. 9. ff. de liberat. legat. l. 111. de condit. & demonstr. l. 6. §. fin. l. 46. de statu lib.* Edere scilicet est copiam solummodo inspiciendi, describendi facere, & dictare, ut perlegatur & cognoscatur; *l. 1. §. 1. l. 4. l. 6. §. 1. §. 7. ff. de edendo.* Quanto autem amplius in rationum redditione sit, primo Capite dictum est. Nec alias eadem est ratio editionis, quæ redditionis, sed illa hac longe est expeditior, & forte etiam alio in loco, quam negotii gesti commodius fieri potest. Perez. *ad d. tit. C. de ratiocin.* Puto nihilominus hæc fallere in argentario, qui ob utilitatem publicam ibi compellitur edere, ubi argentariam exercuit, etiamsi instrumentum argentariæ in alia provincia habeat, in alia exercuerit, hoc enim ipso deliquit, si alio instrumentum transtulit. Nec si alibi quam in loco, ubi argentariam exercuit, ad editionem compellatur, hoc facere cogitur, nisi sumptibus petentis eam. *l. 4 §. 5. ff. de edendo.* Ob quam eandem utilitatem publicam statu liber non utique ibi, ubi paterfamilias decessit, aut ubi ipse relictus sit, aut ubi velit, rationes debet reddere, sed interim proficisci ad eum, cui reddere debet, utique si is reipublicæ causa aberit. Ne scilicet reipublicæ noceatur, si Patronus ejus negotiis intricatus, locum gestus, libertumque qui tamen Patrono operas obsequiales præstare debet, accedere oporteat. Verissimum autem esse Priscus respondit, ut alias aliud ex persona loco que, nimirum gestæ administrationis, æstimandum sit *in l. 112. §. 3. ff. de condit. & demonstr.*

§. V.

Ulterius nec ob illa quis trahitur ad forum hoc peculiare, quæ

quis non gessit in officio nec officii contemplatione: ex qua ratione Syndici non possunt syndicari in loco syndicatus de his, quæ officii contemplatione non gesserunt, Baldus *ad d. l. 2. C. ubi de ratiocin.*

§. VI.

Limitat quidem porro supradictam regulam Neurath. *d. tr. de rationar. n.* 8. ex Frantzk. *Resol. lib. 2. qu.* 26. *n.* 3. ut si rationes alicui Magnati debeant præstari, administrator reddere illas teneatur in domo ipsius Magnatis, nisi ille stet habitetve in fortalitio, adeoque administratori violentia & oppressio foret metuenda; Verum quia illud ipsum eum intelligere debere putem, ubi Magnatis domicilium sit in loco administrationis situm, (siquidem tantum consuetudini tribuendum est,) assertio hæc regulam nostram non vitiat.

§. VII.

Ejusdem momenti & altera ipsius limitatio est, cum dicit: Rationalem in loco domicilii, omisso loco administrationis arbitrio actoris conveniri posse; ubi enim utriusque consensus requiritur, ibi alterius voluntas non sufficit. Atqui forum hoc in utriusque litigantis utilitatem constitutum esse ex superioribus constat.

§. VIII.

Quid autem præterea, si plures sint administratores, v. g. contutores, diversi fori, habentes diversos judices? Hoc casu, si omnes sint laici, Præses provinciæ dabit unum judicem, coram quo omnes convenientur. *l. 5. C. arbitr. tut. l. f. ff. quib. rebus ad eundem jud. eat. arg. l.* 13. *de manumiss. testam.* Prax. Pap. *in forma libelli, quo agitur ad reddend. rationem tutorum gloss. debitam num.* 4. Quemadmodum si socii vel heredes diversarum jurisdictionum inferiorum super re aliqua communi dividenda controvertant, omnes omnium superiorem adire debent, *l. 1. ff. quib. reb. ad eund. judic. eatur.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 32. *n.* 3. Ne scilicet in plures lites pupillus distrahatur, nec causæ continentia dividatur. *vid. l.* 43. *& l.* 59. *inf. ff. de R. V.* Poterit tamen interdum actio de ratiociniis tot locis moveri, quot locis negotia sunt administrata: Vultej. *h. l.* ut si fortassis ab ipso judice divisa sit administratio. vid. Wesenb. *Consf.* 47. *n.* 24. Guttierez. *de tut. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 111.

CAP.

Digitized by

CAP. IV.

De Fori hujus observantia.

§. I.

CUm quævis lex civilis, licet observantia ejus in actu secundo doceri nequeat, nihilominus actu primo recepta censeatur, inque judiciis observari possit ac debeat hodie; *arg. l. 27. Cod. de testam. l. 32. in fine Cod. de appellation.* vid. *l. 23. princ. Cod. mandati.* Carpz. *lib. 1. resp. 33. n. 16. de lege Anastasian. qu. 9.* Tabor. *in Præsid. debit. part. 4. art. fin. th. 11.* Lauterb. *Com. Iur. ad tit. ff. Naut. caup. stabul.* Id ipsum & de nostra regula & legibus, quibus confirmatam dedimus eam, quamvis nullo statuto speciali essent confirmatæ, aut consuetudine eas receptas esse continuo deduci non quiret, dicendum foret.

§. II.

Sane leges nostrates, quæ quidem alieni territorii subditos obligare nequeunt *arg. l. fin. ff. de Iurisdict.* & aliis tamen in locis, ubi jus Saxon. commune viget, saltim ut communis aut celebris Doctoris opinio, si non ad instar legislatoris receptæ & foro commendatæ sunt, Martin. *in Proœm. ad Processf. Sax. Elect. p. m.* 12. vide de Gallorum legibus Baldum *in l. 13. pr. Cod. de sentent. & interlocut. omn. judic.* necessitatem fori reddendarum rationum sive gestæ administrationis non mutarunt, quin potius illam quoad tutores & curatores, qui præprimis ad rationum redditionem obligati sunt, expresse confirmaverunt. vid. Chur-Fürstl. Sächs. Policey-Ordn. *de anno* 1612. §. 6. *vers.* Nun sind wir zwar. ubi: soll in Zukunfft wider des Magistratus Willen dem Vormunden, so an einem andern Ort sein Domicilium hat, ohne genugsame Caution nicht allein nichts gefolget, sondern er auch in loco administrationis jederzeit seiner Verwaltung halber Red und Antwort zu geben pflichtig seyn, & *Decis. Elect. Sax. Noviss.* 36. ubi etiam opinio nostra in jure magis fundata prædicatur, & apertius sancitur: Daß der Vormund die Rechnung an dem Ort, wo er die Vormundschafft verwaltet, allein, und nirgends anderswo abzulegen verbunden.

§. III.

Unde in Senatu Appellationum Dresdensi (à quo tamen in hoc dissidere Assessores Supremæ Curiæ Lipsiensis dicit Strauch. *Dissert.* 21. §. 16.) Term. Mart. ad 1660. in casu, ubi exul Bohemus Lipsiæ degens à pupilla sua in Lipsiensi Curia de reddendis rationibus tutelæ in Bohemia gestæ conventus, & ad respondendum in Curia condemnatus, contra Sententiam hanc appellatione uti coactus erat, hanc fuisse Sententiam publicatam refert Carpz. 2. *lib. resp.* 33. Erkennen von GOttes Gnaden, Wir Johann Georg, Hertzog zu Sachsen, Jülich, Cleve und Berg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Marschall und Chur-Fürst, vor Recht: der Materialien halber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbringen so viel, daß wohl appellirt, derowegen Appellatin wegen der geforderten Vormundschaffts-Rechnung, an den Rath der alten Stadt Prag billich remittirt und verwiesen wird, V. R. W. Et in negotiorum Gestore similiter judicasse Senatum Genuens. d. 161. n. 1. refert Escobar. *d. tr. cap.* 7. *n.* 2. Ergo multo magis leges Romanas ad forum rei gestæ pertinentes non usu haud abolitas esse credendum est, neque sunt Vulteji, nec Brunnemanni, nec Berlichii, aut alius cujusque in contrarium tradita exceptione majora.

§. IV.

Ubi igitur quis in foro hoc gestæ administrationis administratorem, v. g. tutorem exinde, quod contra testatoris voluntatem fecisset, & peccasset in administrationis modo, conveniret, hic vero domicilii aut contractus forum, adeoque exceptionem fori non competentis opponeret, replicare posset actor, se reum illum tanquam administratorem in foro reddendæ rationis jure convenire *per d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiocin.* eumque ea propter ibidem respondere teneri. Et si quidem ille reponeret, se jam non conveniri de ratione reddenda, sed de administrationis modo, consequenter allegatæ legi locum hic non esse, actor regerere posset, rationum redditionem administrationis modum comprehendere. Et absque dubio deberet sequi Sententia: Daß Beklagter seines Vorwendens ungeachtet sich vor diesem Gerichte auf die Klage einzulassen schuldig.

Atque hæc sunt, quæ per temporis angustiam de Themate hoc, quod

quod multo quidem, quam adumbravi, patet latius, conscribere licuit. Cæterum Tu, Benevole Lector, quæ properante calamo in Dissertatione hac, non decisionibus, ingenio aliquatenus indulgens alieni, si probanda non videantur Tuo gustui omnia, excusare, tamen illa humanius, quam sequiorem in partem accipere poteris.

De Remissione Facinorosorum, eorumque Transportatione per Territorium alienum; von Abfolge und Durchführung der *Maleficanten* / *sub Præsidio ANDREÆ MYLII, J. U. D. Inst. Imp. P. P. & Facultatis Juridicæ Assessoris, CHRISTIAN. SIEGFRIED FRITCH. Schwartzb. Die 20. Decembr. Anno MDCXC.*

Præfatio ad Lectorem Benevolum.

DE ulteriori quodam elaborando Academicorum meorum qualiumcunque studiorum specimine cum essem sollicitus, præ aliis præsens de Remissione Facinorosorum, eorumque Transportatione per Territorium alienum, von Abfolge und Durchführung der Maleficanten, mihi arrisit materia. Qualitatem ejus si considero, talis sane est, quæ, cum in Praxi moderna insignem exhibeat utilitatem, prolixiori haud eget commendatione. De eadem hac Remissionis Delinquentium materia fuit quidem ante aliquot annos Wittebergæ sub Præsidio celeberrimi, nunc beati Ziegleri, disputatum; Ast contextus præsentis qualiscunque mei laboris demonstrabit, istius vitulo, quod ajunt, nullum penitus me duxisse sulcus. De Transportatione Facinorosorum insuper elaboranda, hic fui operosus, cujus vel pauca vel nulla ibi fit mentio. Tuum igitur, Lector benevole, erit, hoc, quicquid est laboris, benevolentia tua stipare, & ea quæ minus fortean apposite reperies posita, dexteritate tua supplere. Deum interim Ter Optimum Maximum indefessa efflagito prece, ut cœlesti sua cœptis meis benigne adesse velit gratia, quo finem & primarium & secundarium eo felicius consequi queant.

CAP. I.

De Origine & Causa Remissionis.

§. I.

Quanquam equidem nullus inficias ire possim, verborum prius ineundam esse tractationem, antequam ad res accedamus ipsas, terminorumque haud negligendam evolutionem, cum secundum *l. 3. l. 7. ff. de suppellect. legat. arg. l. 1. ff. de R. C. §. 2. Inst. de donat.* omnis quæstio Juris verborum intelligatur ministerio, ita ut horum neglectus incertitudinem pariat. Oldendorp. *class. 4. act. mand.* fœdaque hinc facile nominum & rerum confusio sequi possit. *L. f. C. de leg. tut.* Haud tamen ullo quopiam modo animum applicare potui, ut paucas hasce enucleandæ materiæ destinatas, prolixa putaminum inquisitione implerem paginas; ratus, Rubricam præsentis meæ Dissertationis tantis circumstructam haud esse scopulis, ut neglecta ejus accuratior pervestigatio, nodosa quædam in ipsa pertractatione mihi objicere queat dubia. Præterquam enim quod *Territorii* vox mixtim, sive, & materialiter & formaliter, hic à nobis accipiatur, vix aliud quid, quoad reliqua Rubricæ verba hic superaddi, summe adeo necessum esse puto. Significatus autem hicce noster *Territorii* con-concretive sumtus, iste est, qui Publicistis hodie est frequentissimus, personas namque & res Territorio inclusas, nec non Imperium in personas & res indigitat, adeo ut audito Territorii nomine, juris quoque territorialis notio continuo concipiatur. Vid. Brückner. *dissert. de Territorio subinfeudato. cap.* 1. Synonymicam autem istam eamque laxiorem paulo significationem, qua secundum Knichen *de Territor. cap.* 1. §. 238. & Ziegler. *de Jurib. Majest. lib.* 1. *cap.* 28. §. 9. Territorium simul accipitur pro superioritate territoriali, sive Jure eminenti superioritatis territorialis, qualem nemini nisi statibus Imperii competere minus apposite existimant Strauch. *Instit. Jur. Publ. lib.* 1. *tit.* 23. §. 8. & Ludolf Hugo *de statu Region. German. cap.* 5. §. 5. *& s.* meum hic non facio.

§. II.

Hisce evidentalium loco prælibatis, nobis *Remissio facinorosorum*

corum-

torumque transportatio *per territorum alienum*, erit *actus*, *quo facinorosi, sub alienâ degentes Jurisdictione, ad instantiam Judicis competentis remittuntur, & pro re nata per territorium alienum transportantur.* Solenniori formula hic protestor, rem mihi non esse cum reciprocatoribus istis rigidioribus; Limam enim & amussim exquisitam Logicorum, materia quævis non patitur, & Legistæ non dialecticant in verbis, sed res ipsas ponderant. Gagnol. *ad l. 1. §. 1. ff. si quis Jus dic. non obtemper.* Sufficiat igitur ex mente JCtorum rem ita definivisse, ut nihil prætermittatur, dilucide omnia ponantur, & paucis tota rei substantia comprehendatur.

§. III.

Universa autem Remissionis & Transportationis delinquentium tractatio, uti potiorem suum in criminalibus negotiis reperit usum, ita in contractibus delictisque si civiliter agatur, de Jure communi nunquam admitti solet *l. 1. ff. de eo quod certo loc.* Tholosan. *dec.* 320. Novar. *in pract. election. & variation. or. qu.* 38. *sect. 2. in pr.* Joh. Aloys. Riccius *Coll. decis. part. 6. collect.* 214. Clarus §. *fin. qu.* 38. *n.* 24. Guil. Böckell *in vision. de publ. Iudic. disquis.* 4. §. 17. Quod tamen Felinus *in C. fin. num.* 11. *de foro compet.* septem modis limitat. Gail. *de pace publ. lib. 1. cap. 16. n.* 32. Cum igitur singulis Romanorum Imperio subjectis Provinciis certi darentur Præsides, quibus exacta Justitiæ administratio demandata erat, procul omni dubio eo laboravere, quo id quod officii postulabat ratio, sedulo observarent, salutique Reip. quocunque modo prospicerent. Non præmiis solum, sed & pœnis societatis civilis vincula conservari posse incognitum ipsis haud erat. Hinc bene merentibus munera collata, prævaricatoribus dignæ constitutæ pœnæ. Hæ ut secundum legis præscriptæ normam executioni rite darentur, neve à delinquentibus pœnam abhorrentibus, Jurisdictio reddatur elusoria, sanctione quadam inter sese Magistratus, quorum Jurisdictionis limites vicinitate conjungebantur, constituerunt, ut Reus criminis, licet ex una in aliam profugiens sese recipiat Provinciam, nihilominus priori remittatur Judici, quo lis eo in loco ubi cœpta fuit, & finiri queat. *l. 30. ff. de Iudic.*

§. IV.

Originem itaque huic Remissioni, mutua Jus dicentium conventio

ventio primum dedit. Intercessu vero temporis, cum insignis ejus in Republica utilitas quotidie appareret, paulatim vim legis obtinuit, ita, ut omnis Magistratus, vi introductæ Remissionis, teneretur delinquentem, sive ante adhuc institutam, sive post jamtum adversus eum in Judicium deductam accusationem, profugum, ad instantiam Judicis competentis sistere, atque remittere. Qui mentionem hujus remissionis faciunt Doctores, varias easque prægnantissimas proferunt causas, quæ introducendam non solum Remissionem maxime suaserunt, sed & introductam eam summis commendant elogiis. Harum prima est, quod Reipublicæ maxime intersit, scelera eo in loco puniri, in quo perpetrata fuerunt: Et id propter exemplum, ut qui nondum deliquerunt, à criminibus atque delictis abstineant, delinquentium punitione deterriti. *l.* 28. §. 15. *ff. de pœnis. Nov.* 134. §. *si quis vero comprehensorum. Textus in Authent. ut omnes obediant.* §. *hoc considerantes.* Joh. Aloys. Riccius. *decis. part.* 6. *collect.* 2214. Ludov. Pegverra. *Decis. Catalon.* 62. Fluit ex hac secunda: Quod nempe nullibi locorum commodiori via inquisitio in crimen perpetratum institui punitioque decerni queat, quam in loco atque foro delicti. Facile namque sibi quis persuasum reddere potest, hoc in foro tantas circa producendos testes, discutiendas probationes & alias in criminali ejusmodi negotio examinandas circumstantias, non dari difficultates, quantas plerumque circa inquisitiones vel in foro domicilii vel apprehensionis formatas, sese exerere, dies loquitur. Indicia enim ad talem cognitionem facientia, pauciori judex fori delicti labore pervestigare potest, præ deprehensionis vel domicilii Judice, & paratior copia probationum haberi potest in provinciis, ubi delictum est perpetratum. *l.* 2. *C. ubi de crimin. dict. Authent. ut omnia obediant.* Mevius *ad Jus Lubec. lib.* 4. *tit.* 4. *art.* 15. Subnectunt huic tertiam: Æquitati videlicet rationabili maxime esse congruum, ut Respublica illa, intra cujus limites delictum fuit admissum, ejus etiam punitionem in se suscipiat, cum Magistratus ejus speciali injuria atque offensa læsus esse videatur. *arg. l.* 13. *ff. de offic. Præsidis.* Accedit huic quarta: Ne scilicet qui damnum passi cogantur extra Provinciam litigare, quod durum esse ait *Nov.* 69. *cap.* 1. §. *quid enim durius.* Andr. Rauchbar *part.* 1. *qu.* 50. *n.* 8. Illud enim magnis sumtibus extrinsecus prosequi quod tenerentur, in loco criminis perpetrati leviori opera

Digitized by Google

opera efficere queunt. Wesenbec. *ad Authent. qua in Provinc. C. ubi de crim. agi oport.* Hisce & aliis prægnantibus satis ex causis DD passim rationabilitatem Remissionis demonstrant, ejusque in Republica utilitatem insignem insigniter commendant. Quod si vero breviori forte stylo, primaria, & ut cum DD. loquar, cardinalis Remissionis hujus causa esset delineanda, certe salutem Reip. supremam quippe legem, eam commodissimum duntaxat ad punienda scelera inventum primo introduxisse statuerem. Sed satis de incunabulis materiæ nostræ disseruisse me existimo, progressum igitur ad ipsum instituto negotium. Sit ergo

CAP. II.

De Remissionis Delinquentium Usu secundum Jus Romanum.

§. I.

Legibus Romanorum approbatam esse Remissionem, est quod ex antea jam dictis satis liquet. Nec desunt Textus ex utroque tam Civili, quam Canonico Jure allegandi, eam non solum statuentes, sed & exactæ ejus observationi necessitatem quandam Rectoribus Provinciarum injungentes. Textus est notabilis *in Nov. 134. §. si vero quis.* §. ibi: *Jubemus Provinciæ illius Judicem, in qua peccari quid hujusmodi contigerit, epistola publica uti ad Provinciæ illius Judicem, in qua delinquens persona degit; Illum vero qui publicas susceperit literas & periculo suo & officii sui, comprehendere hujusmodi, & ad Judicem Provinciæ transmittere in qua peccavit, suppliciis legitimis subjiciendum. Si vero qui publicam epistolam susceperit, neglexerit hoc facere, aut officium ejus tradere, aut imperata neglexerit, tunc & ipsum Judicem tres auri libras & officium ejus alias tres pro pœna inferre jubemus. Si vero Judex, aut aliquis officii ejus, propter lucrum hujusmodi personam non comprehendat, aut comprehendens non transmittat, & hoc agens convincatur: Spoliatus cingulo, exilio tradatur.* Universus hic Textus rigorem Legis, transmissionem Reorum volentis, satis testatum facit. Imprimis vero ex verbo *jubemus cum Bartolo & aliis ad hanc Novellam*, necessitatem quandam li-

quido apparere, nemo non intelligit. Verbum enim *jubere* est verbum necessitatis. *arg. l. 1. l. 2. ff. quod jussu.* Calvin. *Lexic. Jurid. lit. i.* verb. *jussus, jubere.* Conanus *lib. 6. cap. 6. num. 1.* Adstipulatur huic alia *Authent. qua in Provincia. C. ubi de crim. agi oport.* desumta ex *Nov. 66. cap. 1.* ibi: *Qua in Provincia quis deliquit, illic, etiam Jure subjaceat, quod Jus perpetuum est.* Nec non *Nov. 8. c. 8. §. si quis.* ibi: *quatenus ipse ubi injustitiam fecit, illic quoque pœnas subeat delictorum: ut neque alter quispiam tale aliquid agere præsumat, ad exemplum respiciens.* Hæc de Jure Novellarum statuta esse ex allegatis liquet Textibus.

§. II.

Nec antiquiores Digestorum LL. aliud quidpiam hoc circa negotium disposuere, id quod haud paucis optime probari potest Legibus. Singulares prorsus sunt Textus, *in l. 1. C. ad L. Jul. Repetund. l. 7. l. 11. ff. de custod. & exhibit. reor.* Remissionis enim expressa inibi fit mentio: Et ibi eum plecti debere pœna, ubi facinus admissum est, unanimiter asserunt *l. 28. §. 15. ff. de pæn. l. 7. §. 4. l. fin. ff. de accusat. l. 3. ff. de re milit.* Nec ullo assequi possum modo, quibus ex rationibus Fachinæus *Controv. lib. 9. cap. 21. lit. c.* allegatam jamjam *l. 7. & 11. de cust. & exhibit. reor.* pro irrelevantibus & nihil minus, quam Remissionem delinquentium probantibus ducat, cum tamen ex ipso LL. allegat, tam rubro quam nigro contrarium pure prorsus innotescat. Hoc equidem nullus negaverim, talem necessitatem remittendi ex hisce LL. erui non posse, qualem ex *Nov. 134. cap. 5.* mox supra demonstravi, præsertim cum clausulæ istius pœnalis, amissionis nempe cinguli & exilii, Nov. adjectæ in cit. LL. nulla fiat mentio, sed tantum in *L. 7. Solent Præsides Provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad Collegas suas, ubi facinorosi agere dicuntur & desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur*; & *L. 11.* dicatur: *Illud à quibusdam observari solet, ut cum cognovit & constituit, remittat illum cum elogio, ad eum qui provinciæ præest, unde is homo est.* Ex quibus verbis nullus legis jussus, sed usitata tantum inter Præsides Provinciarum consuetudo erui queat. Hisce tamen non obstantibus, dissentientium Alexand. *in L. 15. §. 1. ff. de re judicata n. 4.* Incol. *in L. pen. ff. de publ. judic.* Fulgos. *in L. 1. C. ubi de crim. agi oportet.* Boss. *de foro compet. n. 48.* menti subscribere nullus vereor; Utrique enim legum alleg. sub finem earum adje-

Digitized by Google

adjecta sunt verba quædam, ex quibus certa legis circa negotium Remissionis dispositio haud difficulter colligi potest. Sub finem *L.* 7. ait JCtus: *Et id quoque quibusdam Rescriptis declaratur.* Et *L.* 11. verba fin. hæc sunt: *Quod ex causa faciendum est.* Sane ex prima saltem horum notione apparebit LL. alleg. de Remiss. non tam moribus introducta, quampotius expresso legis jussu statuta, mentionem facere. Sed inspectis his Romani juris textibus de materia nostra quicquam disponentibus, ad Canones eorumque jura progressum tendo, visurus quid in istis de Remissione facinorosorum sancitum sit.

§. III.

Expressum quidem atque adeo dilucidum de hac materia textum Canones nobis haud suppeditant, nihilominus tamen probabiliter ex quibusdam textibus, eorumque argumentis doceri potest, Remissionem delinquentium, hoc etiam jure approbatam esse; id quod patet *ex arg. cap.* 1. *X. de raptor.* itemque *ex arg. cap. fin. X. de foro compet. ubi* glossa. Jungunt hisce *c. si peccaverit.* 19. *qu.* 1. ob verba: *Ubi contigit malum, ibi morietur malum*, Hyppolyt. de Marsil. *pract. caus. crim. §. opportune* 32.

§. IV.

Remissionem igitur facinorosorum usitatam non modo, sed & necessariam fuisse Jure Rom. antea allatis modo diductum fuit testimoniis. Necessitatem vero istam tamdiu tantum durasse, quamdiu universæ ac singulæ Romanorum Provinciæ unius erant subjectæ imperio, hodierna, à rigore Juris Rom. discedens consuetudo, de qua in sequenti Capite, abunde docet. Occasione cæterum alleg. LL. quæsitum fuit acriter inter DD. an vi dictarum LL. teneatur Judex domicilii reum penes se comprehensum Judici delicti remittere, etiamsi de hoc requisitus non fuerit? Affirmativam qui malunt, pro fundamento utuntur generalitate textuum, qui Præsidibus Provinciarum Remissionem injungunt, nullæ præviæ petitionis sive requisitionis mentione facta. Utut etiam in *Nov.* 134. de epistola quid dicatur, qua Præses Provinciæ remissum volens delinquentem ad alium Provinciæ Præsidem, uti debeat, prout ex contextu cit. Novell. patet,

 usum

usum tamen istius epistolæ ad certum restringunt casum: Si nempe Judex delicti compertum quidem habeat, Reum in alia degere Provincia, istius autem Provinciæ Præses ignoraverit, eum alibi deliquisse, hoc igitur casu utendum esse epistola, aliter vero non, cum præsumatur alterum judicem jura, Remissionem urgentia, non ignorare. Allegant insuper *l.* 28. §. 15. *ff. de pœnis*, ubi JCtus ait: *Famosos latrones in iis locis ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemptorem eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidium fecissent.* Vid. Alexand. *ad l.* 7. 81. *ff. de re judicata. n.* 4. Bossius *de foro competente n.* 48.

§. V.

Sed contrariam eamque veriorem sententiam sectantur Salicetus *in L.* 1. *C. ubi de crimin. agi oport.* Grammat. *decis.* 26. *num.* 5. Covarruv. *Pract. quæst. cap.* 11. *n.* 6. vers. *Contraria sententia.* Farinac. *de Inquisit. quæst.* 7. *n.* 14. Fundamento nituntur solido, desumpto ex *L.* 1. *C. ubi de crim. agi oport.* ubi textus dicit: *Quæstiones criminum perfici debere, ubi commissa sunt, vel incohata, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur.* Hæc etenim lex Judici etiam domicilii facultatem concedit, de crimine extrinsecus commisso cognoscendi, & quæstiones inceptas perficiendi, & hoc non sine legali quadam ratione: Judicium enim ubi cœptum est, ibi & finiri debet. *L.* 36. *ff. de Judic.* Affirmantium ex LL. pro se allegatis petita argumenta omnia in istum casum interpretanda esse, ajunt Negantes, quando judex loci delicti petat sibi reum mitti, ut eum puniat quod tunc remittendus sit: At si id non petierit, judex tamen domicilii cognoverit, & condemnaverit reum, magis sane expedire videtur, ut ipse curet suam sententiam executioni mandari, quam ad judicem fori delicti ut reum mittat. Hartm. Hartmanni *pract. observ. tit.* 50. *obs.* 7. has lites dirimens, ait. Aut judex delicti non postulat hanc Remissionem, & tunc non est necessario facienda, quia & in foro domicilii puniri potest. *d. l.* 1. *C. ubi de crimin.* præsertim quia res amplius non est integra & quæstio criminum jam tum est inchoata: Aut judex delicti petit Remissionem, & tunc de necessitate est concedenda. Fit enim in exemplum, ut cæteri timeant, & inde tollatur scandalum. Nec obstat

huic sententiæ cit. *l.* 28. §. 15. *ff. de pœnis.* Licet enim, quod certum utique sit, expediat, delinquentem puniri in loco delicti commissi, ob eas causas, quas dicta lex adfert; ex eo tamen inferri haud potest, Judicem domicilii teneri Remissionem delinquentis Judice delicti etiam non petente observare, atque vi dispositivæ legis executioni dare. Ita ut extra omnem controversiam jam sit, necessario quidem per dd. text. Remissionem Præsidibus Provinciarum inter sese invicem esse observandam atque faciendam, sed non nisi potente fori criminis admissi Judice. Wurmser. *pract. observ. tit.* 1. *observ.* 9. Nec pœna exilii amissioque cinguli, cujus mentio sub finem d. *Novell.* 134. existit, qua judex Remissionem renuens coercendus est, aliter alioque casu est intelligenda, quam si petitio sive requisitio Præsidis Provinciæ, intra cujus fines crimen fuit patratum, præcesserit, alter vero Provinciæ Præses vel donis corruptus, vel aliam haud prægnantem ob causam petitis istius deferre noluerit & facinorosorum remittere recusaverit.

§. VI.

Qui Remissionis necessitatem adhuc hodienum de Jure civili observandam esse contendunt, ad istam vel concedendam vel impediendam sex solent consideranda requirere: (1) ut constet, crimen de quo agitur, vere fuisse commissum, hoc est; debet coram Judice remittente aliqualiter constare de crimine *l.* 1. §. 24. *ad SCtum Silanianum.* (2) Ut innotescat crimen fuisse in territorio Judicis requirentis commissum, *l.* 1. *C. ubi de crimin. agi oport.* (3) Ut remittendus non sit vagabundus, cum talis ubique possit puniri. Bart. *in L.* 19. §. 2. *ff. de Judic.* Jul. Clarus. *Sentent. lit.* 5. *in fin.* (4) Ut iste non sit accusatus de hæresi; talem enim ob hoc crimen ubique puniri posse, testatur Jac. Butr. *in L. Arriani. C. de haret.* (5) Ut constet an non remittendus forte in provincia, ex qua remitti debet, tale crimen commiserit, ob quod ibi pœna plecti queat. *arg. l.* 7. §. *fin. & l. f. ff. de accusat.* (6) Ut Judex remittens debite requiratur, uti supra dictum, aliter enim remittere non tenetur. *Nov.* 134 *Auth. qua in Provinc. C. ubi de crimin.*

§. VII.

An vero judex domicilii contra Reum criminis ob facinus alibi

 admis-

admissum, Jure atque tuto processum inquisitorium formare possit? Quæstio est, circa cujus decisionem DD. sibi plane non constant & inde graviter sibi invicem contradicunt. Jul. Clarus *pract. crimin. quæst.* 39. §. *fin.* vers. *sed quæro.* Kœppen. *decis.* 43. Utraque sententia suis, nec contemnendis nec irrelevantibus nititur fundamentis. Negativam defendentes hisce utuntur rationibus: (1) quod certum sit crimine extra territorium commisso non offensum esse forum domicilii habitationis vel originis. Cum vero ultionis publicæ causa etiam sit, injuria Reipublicæ committendo crimen illata, sane hoc pacto nemo nisi læsus inquirere in facinorosum poterit. Jul. Clarus *d. l.* Franc. Vivius *in commun. opin.* verb. *Judex domicilii, n.* 8. Gramm. *decis.* 26. Riccius *part.* 6. *decis.* 22. 14. (2) quod Reipublicæ convenire videatur, scelera eo in loco puniri, in quo fuerunt perpetrata, ut sic illius Jurisdictioni satisfiat, quæ offensa est. Riccius *loc. cit.* Ludov. Pegverra *decis. Catalon.* 62. (3) quod Judex extra territorium suæ Jurisdictionis nullum habeat Imperium, adeoque nec in istis facultatem decernendi quicquam habere possit, quæ alterius Jurisdictioni competunt. *l. fin. ff. de Jurisd. omn. Judic. c. fin. X. de foro comp. l. fin. ff. de offic. Præf. urb.* ita ut in hujusmodi negotio exceptio incompetentiæ tali Judici opponi queat. Franc. Vivius *loc. cit.* Alb. Gentil. *de statut. P.* 3. Hypol. de Marsil. *in pract. crim.* §. *constante n.* 90. Thoming. *decis.* 5. *n.* 3. Plures pro hac stantes negativa vid. ap. Jul. Clar. *loc. cit.* allegatos.

§. VIII.

Affirmativæ Partes tuentes pro fundanda intentione allegant (1) textum pro hac sententia expressum, in *L.* 1. *C. ubi de crim. agi oport.* ubi expresse dicitur: *Quæstiones criminum ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur, perfici debere.* (2) *L.* 5. *C. de Jurisd. omn. Jud.* pariter in favorem affirmativæ statuentem. (3) quod Reipubl. intersit, delicta non manere impunita, & ut Provincia purgetur maleficis. *L.* 51. *in f. ff. ad L. Aquil. L.* 13. *ff. de off. Præsid. c. ut famæ X. de sentent. excommunic.* Alioquin enim quilibet scelestus in alienas provincias properaret, si sciret se in loco ubi habitat, puniri non posse. Porta *consil.* 21. *num.* 45. Et licet Reipubl. domicilii ratione delicti specialiter non intersit, cum læsa non sit, nihilominus tamen ratione pœnæ interest.

tereft. Et hanc sententiam veriorem utpote, consuetudine & in praxi obtinere docent Kœppen. *decis.* 43. *n.* 5. *seqq.* Jul. Clarus *loc. cit.* Marianus *decis.* 989. *n.* 6. Covarruv. *pract. quæst. cap.* 11. *n* 6. Bœr. *decis.* 13. *n.* 47. *&* *decis.* 218. *n.* 2. Capicius *decis.* 104. Decianus *pr. crimin. lib.* 4 *cap.* 16. *n.* 1. *in f.* Klockius *tom.* 1. *consil.* 53. *n.* 33. *seqq.*

§. IX.

Utut autem certo sit certius, Judicem domicilii vel etiam originis posse jure animadvertere in subditum, ob delictum extra suum territorium sub alterius Judicis Jurisdictione commissum, alia tamen & quidem circa modum procedendi hic nata fuit subtilitas, quæ accerrimis inter DD. contradictionibus ansam dedit. Statuendi quidem de crimine alibi patrato potestatem, judici domicilii non denegant, hoc tamen non aliter, quam si per viam accusationis procedatur, ex eo, quod sæpe dicta *L.* 1. *C. ubi de crimin. agi oport.* de nullo alio, nisi de hoc modo disponat: per modum autem inquisitionis istud posse fieri, nulla concedere voluntratione, cum diversitas prorsus maxima inter processum accusatorium & inquisitorium intercedat. Et hanc sententiam propugnat & sequitur Bœr. *decis.* 270. *n.* 3. *seqq.* Pro ea etiam Senatum Pedemontanum judicasse refert Anton. Thesaur. *decis.* 90. *n.* 6. *in fin.* Eam etiam approbant Thoming. *decis.* 5. Vasqu. *lib.* 1. *Controv. cap.* 8. *n.* 13 Andr. Knichen. *de Jure territ. cap.* 3. *n.* 273. *& seqq.* & respondendo communem dicunt Roland à Valle *lib.* 2. *consil.* 16. *n.* 8. *&* 10. Bertazzol. *consil. crimin.* 39. *n.* 1. Bursat. *consil.* 77. *n.* 4. *seqq.* Guido Panciroll. *consil.* 115. *num.* 9. *seqq.* Menoch. *consil.* 911. *n.* 10. qui XLVII. DD. autoritatibus hanc sententiam firmavit.

§. X.

Ast hisce non obstantibus contraria tamen sententia, quæ judici domicilii vel originis de delicto, à suo subdito alibi commisso inquisitionem æque ac cognitionem mediante accusatione factam, permittit, non minori DD. eoque accuratiori est recepta calculo. Notorium namque est, abrogata ferme jam accusatione, in ejus locum, in nostro inprimis foro Saxonico surrogatam esse inquisitionem, & locum

cum hic invenire regulam, quod succedens in locum, in jus quoque succedat. Et hanc veriorem & à se judicando approbatam esse sententiam, testatur Anton. de Gamma *decis.* 53. *n.* 1. Magon. *decis. Lucens.* 70. *n.* 3. Joh. Ludovic. *decis. Luc.* 16. *n.* 18. *seqq.* Cacheranus *consil.* 1. *num.* 102. Augustin. Berous. *consil.* 162. *n.* 1. *vol.* 3. qui hanc esse communem conclusionem Legistarum & Canonistarum in lecturis & consiliis, publicisque disputationibus, quod judex domicilii etiam per viam inquisitionis possit de crimine, contra suum subditum extra territorium delinquentem, procedere, & illum punire, ait Berous. *d. l.*

§. XI.

Supra §. VI. hujus Cap. dictum fuit, requiri ad permittendam Remissionem, ne remittendus sit vagabundus. Notandum igitur erit, quod vagabundus dicatur ille, qui non habet domicilium certum & habitationem, ubi forum suum sortiri queat; sed qui quotidie per varias civitates oberrat. Glossa *in l.* 27. §. *fin. ff. ad municipal.* Bartol. *in l.* 4. §. 5. *ff. de damno infect.* Hyppolyt. de Marsil. *consil.* 86. De hoc igitur, cum teste Panormit. *in c. fin. X. de foro compet. n.* 13. vulgo dicatur: Ubi te invenero, ibi te judicabo; eum ad forum delicti remitti non posse, ex eo, quod ubi reperiantur, ibi & conveniri queant vagabundi ex *l.* 1. *& ibi* Gloss. *in* verb. *reperiuntur. in f. C. ubi de crimin. agi oport.* asserit. Jodoc. Damhouderius *prax. crim. cap.* 33. *n.* 9. *seqq.* Covarruv. *pract. quæst. cap.* 11. *n.* 7. Farinac. *tit. de Inquisit. qu.* 7. *n.* 13. Ast utique talem remitti debere ex *Nov.* 134. tradunt atque volunt Fachinæus *Controv. lib.* 9. *cap.* 24. Claud. de Battandier *prax. crim. Reg.* 7. *n.* 3. *seqq.* qui simul concludit, brocardicum illud, ubi te invenero, ibi te judicabo, male huc applicari, cum de nemine, nisi de Deo, cujus universalis omnium locorum est Jurisdictio, verba fiant. Vid. Albert. de Gand. *de malefic. tit. ubi puniatur delinq. per tot.*

§. XII.

De crimine hæreseos etiam quid occurrit, quod observatione indignum haud erit; Remissionem nempe hic partim nullo modo denegari, partim nullo modo concedi. Iis namque in locis, ubi inquisitio-

quisitionis rigorositas in hæreticos summo exercetur fervore, v. g. in Hispania, Portugallia, Arragonia &c. Juris est immutabilis, ut si quis ob aliud quoddam crimen à Judice seculari capturæ sit datus, postea vero ob hæresin in inquisitionem trahatur, Judex iste secularis teneatur absque ulla exceptione reum statim petenti Inquisitori remittere; eo quod causa hæreseos spiritualis sit, & per consequens exempta à Jurisdictione seculari. Covarruv. *pract. quæst. c.* 31. verf. *prima conclusio. seqq.* E contra autem, si captus quis sit ab inquisitoribus ex causa hæreseos, à judice seculari remissio nec peti nec impetrari potest, ob aliud quoddam delictum. Rationem reddunt: quod Præses inquisitionalis Collegii, in cognitione hæreseos censeatur delegatus Summi Pontificis. *c. ad abolendum. X. de hæretic.* & quod fidei negotia omnibus aliis sint præferenda. Aymeric. *Tr. de directorio. p.* 135. Joseph. de Sese *de Inhibition. cap.* 30. *per tot.*

§. XIII.

Quid si autem Reus carceres in foro delicti effringens, fuga alium sibi quærat locum, ibidem vero ob crimen ante hac ibi perpetratum apprehendatur Processuique inquisitorio implicetur, numne Judex posterior priori hunc facinorosum secundum normam Legis civilis remittere tenebitur? Sane, si secundum antea dicta in loco perpetrati delicti quis sortitur forum competens, ut ibi, licet sit peregrinus, puniri possit, Besoldus *tract. de modo referendi th.* 10. Richter *decis.* 15. *n.* 1. 2. 3. *seqq.* Rauchbar *part.* 1. *qu.* 50. *n.* 13. Thoming. *decis.* 13. uterque, & prior & posterior, judex erit competens. Varie autem pro variis DD. sententiis variat quæstionis hujus decisio. Quidam jus præventionis hic locum habere existimarunt, censentes, Judicem posteriorem teneri observare, dispositionem Legis Remissionem delinquentium exigentis, ex eo, quod Judex prior inquisitorium Processum jam tum instituerit, antequam in Judicio posterioris de eo cogitatum fuerit, Processus vero & Justitia eluderetur, si eo in foro, ubi lis in judicium deducta fuit, non etiam suum attingat finem. Alio vero modo hujus Quæstionis decisionem reddidit Guido Papa *decis.* 202. rationem nempe qualitatis criminis hic esse habendam; Ita ut si delictum unum sit atrocius altero, ad gravioris criminis pœnam sustinendam omnino sit remittendus reus. Gemin. *in c. Romana §. contrahen-*

Digitized by Google

tes. in 6. cum pro atrocitate criminis atrocior quoque ſit injuria Reip. illata. Aſt non video quomodo hæc enucleatio totam queat tollere controverſiam. Poterit enim caſus eſſe maxime dabilis, ut utrumque delictum paritatem cum altero habeat, vel ratione atrocitatis vel reſpectu levitatis: Certe cum hic uterque Judex ſit competens, Jus præventionis utique locum habebit, cum occupantis ſemper melior quam petentis debeat eſſe conditio, ſecundum vulgatam Juris Regulam.

§. XIV.

Ultimo adhuc loco alia enodanda oritur quæſtio; Quid nimirum ſtatuendum ſit, ſi facinoroſus crimen penes Judicem à quo remitti debet, confeſſus fuerit, an confeſſio talis ſufficiens ſit ad ultimum ſupplicium ipſi inferendum? Notum eſt, ex confeſſione facinoroſi propria imprimis; ſi ea in loco judicii facta fuerit, eum multo felicius dijudicari poſſe, quam ſi mille teſtium effatis crimen probatum fuerit, prout loqui amat Claud. de Battandier *in prax. crimin.* Hoc igitur in theſi ſi conſideres, affirmativam certe veriorem eſſe, primo cenſebitur intuitu. At cum Judex ad inſtantiam Judicis delicti reum apprehendens atque remittens, in cognitione ſuper crimen reddenda Jure Civili habeatur atque ſit incompetens, confeſſio etiam coram Judice hoc incompetenti facta, talem non habebit effectum, qualem fuiſſet habitura, ſi in competenti fuerit exhibita foro. Bart. & Jaſon. *in L. 12. ff. de Jurisdict.* Et ita ſervatum fuiſſe in ſuprema Curia Parlamenti & in cæteris Curiis Provinciæ Delphinalis, aſſerit Riccius *deciſ. 22. n. 4.* Guido Papa *deciſ. 202.* Quod autem confeſſio talis, tale ſit indicium ex quo tortura reo dictari poſſit, communis Criminaliſtarum eſt opinio. Hæc igitur ſunt quæ de Remiſſione delinquentium ex Jure Romano obſervanda, pariter ac decidenda fuerunt. Aſt vero, Legum civilium ſtatuta hodierna conſuetudine & Praxi quomodo immutata fuerint, in ſequenti diſpiciemus Capite.

CA-

Digitized by Google

CAPUT III.

De Remissione Delinquentium hodiernis moribus usitata.

§. I.

SUmmæ necessitatis fuisse remittere delinquentes, ex præcedenti Capite fusius atque explicatius innotescet. Hinc Judex domicilii, licet se ipsum ad Jus reddendum paratum dixerit, Remissionem tamen declinare non potuit. Zanger. *de except. part. 2. cap. 1. n. 247.* Carpz. *in praxi crimin. part. 3. qu. 110. n. 48 seqq.* Richter. *decis. 15. n. 1. 2. 3 seqq.* Nec desunt, qui ex eo forum nostrum judicari & regi volunt, eam Remissionum necessitatem hodienum servandam putantes. Thoming. *decis. 5. n. 4.* Kœppen. *decis. 43.* Sed tam Juri civili, quam horum opinioni derogavit generalis Germaniæ consuetudo. Cum enim in Imperio Romano-Germanico, non ut olim omnes Provinciæ & civitates uni Principi pareant, sed unicuique sua Jurisdictio sit plerumque ex Investitura aut Privilegiis abdicative seu privative concessa, inde effectum est, quod Remissio ad locum delicti, mutato pristino Reipublicæ statu, ea necessitate, qua secundum Jus Romanum fiebat, porro observari desierit. Nec hodie Judex domicilii vel ejus loci in quo Reus est deprehensus, ad Remissionem obstrictus est. Gail. *lib. 1. cap. 16. n. 30.* Wesenb. *in Paratitl. ff. de accus. n. 8.* Rauchbar. *part. 1. qu. 50. n. 25.* Mod. Pistor. *consil. 29. n. 6. & 7. vol. 1.* Carpz. *part. 2. const. 22. def. 3. n. 5.*

§. II.

Intantum autem solum, non vero in totum sublata est in Praxi moderna remittendi facinorosos consuetudo. Id enim quod antehac exactæ erat necessitatis, hodie liberrimæ est voluntatis; Ita ut renuens remittere delinquentem, nulla actione conveniri, nulla pœna coercerique queat. Hinc Facult. JCtorum Jenensis ad quæstionem Christophori Weigelii, Ried-Eselischen Verwalters zu Altenburg, tali in negotio respondit hoc modo: Hat sich die Gemeinde zu Schöps über ei-

nen Amts-Schuldtheissen aus der Nachtbarschafft beklagt, daß derselbe sich freventlich unterstanden, in ihrer Gemeine und Lachen an der Saal, so in dem Ried-Eselischen Gerichte und Bottmäßigkeit gelegen, eine Pappel-Weide abzuhauen. Ob nun wohl in grossen Verbrechungen die Ubelthäter von einem Gericht in das andere selbige zu bestraffen, denselben gefolget werden: Dennoch aber, weil solches heute zu Tage mehr aus nachtbarlicher Willfahrung, als aus Pflicht, voraus, wenn der andere Richter eines Fürsten, oder andern höhern Haupts Amtmann ist, zu geschehen pflegt; so ist der angedeutete Amts-Schösser den beklagten Schuldtheissen wider seinen Willen in eurer Gerichts-Herrn Gericht folgen zu lassen, nicht schuldig. V. R. W. Eodem modo Mense Maji Anno 1641. Præfecto zu Tautenburg respondit præd. Facult. daß der Schösser zu Dornburg N. O. von D. gestalten Sachen nach, in eure Gerichte zu remittiren nicht verbunden. V. R. W. Richter. *decis.* 15.

§. III.

Cum igitur justa quædam æquitatis suaderet ratio, ut Jurisdictio una per aliam adjuvari debeat. *arg. l.* 15. §. 1. *ff. de re Judic.* Val. Volzius. *tract. Inquisit. consf.* 1. *n.* 101. Principes aliique Status Imperii, quorum Jurisdictionis limites vicinitate quadam conjuncti fuerunt, sive expressa sive tacita conventione quadam inter sese inita in Remissionis delinquentium ulteriorem observantiam consensere. Ne autem uni vel alteri, vel statim vel tractu temporis, quoddam inde exoriri queat præjudicium, certis Remissionem circumclusere cancellis & limitibus: quibus exacte observatis permiserunt, ut ad *instantiam vicini*, facinorosus fuga salutem quærens, hinc territorium proximum transiens, vel etiam domicilium ibi figens, capturæ daretur, & ad forum rursus delicti transmitteretur.

§. IV.

Requisita autem, circa Remissionem observari solita, sunt varia. Primum est, ut decenti modo literæ requisitoriales ad judicem, sub cujus inspectione transmittendus pro nunc versatur, dirigantur, nomen inquisiti in iisdem clare & perspicue exprimatur, factum compendiose proponatur & subnexa promissione, itidem in tali negotio Remissionem se non denegaturum, remitti petatur. Lubuit,

Digitized by

buit, quo majus inde materiæ nostræ lumen adferatur, formulam literarum ejusmodi requisitorialium subnectere:

P.P. Demselben gebe ich zu vernehmen, was massen N. N. als er, vermög eines eingeholten Urtheils, mit der scharffen Frage allhier angegriffen werden sollen, das Gefängnüß erbrochen, und auf die Flucht sich begeben; Wann dann verlauten wollen, als solte gedachter Inquisit unter desselben Gerichten bey N. N. so sein Befreundter, vor jetzo sich aufhalten: Als ersuche ich ihn gantz dienstlich, er wolle desselben Person sich versichern, und in genaue Verwahrung bringen, auch zu ferner Fortsetzung des Inquisitions-Processes ihn mir absolgen lassen. Ich werde nicht alleine die gehörigen Gebühren, auf erhaltene Nachricht, erstatten, sondern auch in dergleichen Begebenheiten es also hinwiederum halten; Dessen er sich gewiß zu versichern, gestalt ich denn rc.

§. V.

Cum etiam nemini officium suum damnosum esse debeat, *arg. l. 7. §. de serv. export.* igitur (2) requiritur, ut petens remittenti sumptus in delinquentis tum capturam, tum Remissionem factos restituat. Richter, *decis.* 15. Cum enim ut plurimum evenire soleat, ut remittendus numerosa armatorum caterva stipatus, ad locum designatum usque ducatur, sumptus etiam in comitatum hunc, quem Publicistæ sequelam die Folge dicunt. Vid. vener. Dn. Parens *de Jure sequelæ cap.* 1. expensi, mox leviores, mox pro re nata graviores esse solent. Moribus autem introductum est, ut sumptus tales, antequam actus transmissionis adhuc celebretur, solvantur atque restituantur.

§. VI.

Requiritur (3) ut desiderans remissionem, literas certas remittenti extradat, iisque confiteatur, se Remissionem hanc non jure, sed precario obtinuisse & caveat nihil per hanc Remissionem Jurisdictioni ipsorum derogatum iri, seque in casu simili idem facturos esse, daß dergleichen Stell- oder Liefferung aus keiner Gerecht- oder Schuldigkeit, sondern nur aus nachbarlichem gutem Willen geschehen sey, und daß er in dergleichen Fällen also thun wolle. Appellant hocce genus literarum Reversales, de quibus imprimis hoc circa negotium usitatas

Digitized by Google

Vid. *Dn. Parens* Ahasver. Fritsch. *de Reversalibus cap.* 10. §. 3. Gail. *de pace publ. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 31. Rittershus. *ad Novell. p.* 568. *num.* 57. Andr. Rauchb. *part.* 1. *qu.* 50. *n.* 25. Carpz. *part.* 2. *const.* 22. *def.* 3. *n.* 5. Et ejusmodi Reversales non tantum inter diversorum territoriorum Magistratus obtinent, verum etiam inter eos qui eundem superiorem atque Principem recognoscunt. Sic in Præfecturis Judices die Amtleute und Schösser, v. g. à Vasallo merum imperium vel criminalem Jurisdictionem habente, datis Reversalibus vel facta promissione, quod idem in simili casu facere velint, Remissionem delinquentis sub ipsius Jurisdictione degentis petere debent. In quibusdam tamen locis inter Dominum & Vasallum, vel subditum Remissio delinquentium reciproce non obtinet, sed Vasallus quidem ad eam adstringitur, non vero Dominus; prout docet Fritsch. *d. tr.* Ad majorem materiæ nostræ dilucidationem exhibemus formulam Reversalium in Remissione usitatarum:

Des Durchlauchtigsten, &c. Meines gnädigsten Fürsten und Herrn, der Zeit verordneter Amts-Schösser zu N. Ich N. N. hiermit urkunde und bekenne: Demnach auf vorhero beschehenes schrifftliches Ersuchen N. N. in dem Gräfl. Amt N. wegen eines beschuldigten Homicidii zur gefänglichen Hafft gebracht, und biß dato darinnen behalten worden, und aber an das N. Amt anderweit gesonnen, Inquisiten aus gutem nachbarlichen Willen im H. Röm. Reich, herkommender massen, in mein oberwehntes Amts-Schössers, anbefohlnes Amt und Gericht zu ernstlicher Persecution, gegen einen gewöhnlichen Revers, und Abtragung der Gerichts-Kosten, folgen zu lassen; Welchem nachbarlichen Suchen dann auch deferirt worden, und denn so wohl ich, als der Amts-Schösser zu N. uns dieser Ausliefferung heut dato freund-nachbarlich unterredet, daß nemlich obbemeldter Delinquent, von N. aus, biß an den Gerichts- und Grentz-Stein gebracht, gegen berührten Revers und Abstattung der aufgelauffenen Gerichts- und andern Kosten, herkommener massen, ausgeantwortet, so dann von mir angenommen und anhero gebracht worden; Als reversire mich Amts halber vor mich und meine Nachkommen, daß solche Abfolgung anders nicht, als vor eine Gutwilligkeit, und zu Beförderung der Justitz verstanden, und hierdurch denen Gräfl. Gerichten, an ihren habenden Gerechtigkeiten, Freyheiten und Gerichten, jetzo und ins künfftige zu keinem Præjuditz und Nachtheil gereichen, viel weniger

ger einige Einführung dadurch gemacht werden soll. Wie denn auch auf begebenden Fall der Absolgung gegen wohlermeldete Gerichte es hinwiederum also gehalten werden soll. Urkundlichen habe aus sonderbarem habendem Befehl ich diesen Revers mit meines anbefohlenen Amts-Gerichts-Siegel, und meiner eigenen Hand-Subscription wissentlich, getreulich, und ohne Gefährde vermercket und ausgehändiget. Geben ꝛc.

§. VII.

Amicitiæ igitur, vicinitatis atque urbanitatis Jure Remissionem facinorosorum hodiernis moribus concedi solere, ex præcedentibus liquet §. §. Recusans igitur istam, non nisi adversus eorundem jurium peccabit regulas, præsertim cum & moderno æque ac Romano olim Jure super delictis alibi commissis animadvertatur tam in subditos quam in extraneos intra cujusque Jurisdictionis limites deprehensos. Quæritur hac occasione: si quis in foro domicilii vel etiam apprehensionis ob delictum alibi commissum puniendus veniat, secundum quæ Jura, num fori delicti, num vero domicilii sit plectendus. Videtur primo intuitu locum habere pœna in foro delicti observari solita, cum per jura vulgata, hodie nocentes sortiantur forum ubi reperiuntur maxime vagabundi. *DD. communiter in l. 1. C. ubi de crimin. agi opert.* Matth. Wesenbec. *in Parat. ff. de Judic. n.* 16. Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 249. Covarruv. *pract. qu.* 11. *n.* 7. Quod & expresse ita dispositum *in Ordinat. Provinc. Elect. Saxon. de Anno* 1555. *sub tit.* Von Unkosten der peinlichen Rechtfertigung. §. würden sie aber. *verf.* und solches. ꝛc. Ex quibus fluere videtur, criminoso, qui ob crimen alibi perpetratum in Electoratu Saxonico deprehenditur & forum sortitur, pœnam Juris Elect. Saxonici esse dictandam, quippe quæ in isto foro recepta est. Ast verius est, hoc in casu delictum puniendum esse secundum Jus commune vel statuta loci ubi deliquit. Est enim conclusio DD. generalis, quod statuta pœnalia non extendantur ad subditos delinquentes extra territorium eorum, sed licet Judex loci originis vel domicilii possit etiam procedere ad condemnandum ipsum subditum delinquentem extra suum territorium, non tamen illi queat imponere pœnam statuti loci originis vel domicilii, sed loci delicti, Farinac. *in Praxi crim. lib.* 1. *tit.* 3. *qu.* 24. *n.* 157. Alexand. *consil.* 3. *lib.* 5. *n.* 2. Paris, *lib.* 4. *consil.* 159. *n.* 6. Jul. Clarus. §. *fin. qu.* 85. *n.* 4.

Quod

Quod si hoc verum est in subdito delinquente extra territorium; multo magis idem obtinebit in forensi, qui delicto alibi perpetrato in Electoratu Saxonico, cujus incola non est, deprehensus & in carceratus fuit. Sicuti enim contrahentes obligantur juxta statuta loci ubi contrahunt; ita & delinquentes secundum statuta loci, in quo peccant, ex crimine obligantur, & delinquendo in pœnam istius loci statutariam consentiunt, eamque ipso momento, quo delictum consummatur, incurrunt. Non minus enim delinquendo quis contrahit ac obligatur, quam cum alio contrahendo. *l. 20. ff. de pœnis: tot. tit. ff. de obligat. quæ ex delict. nasc.* Unde & quoad forum sortiendum contractus & delicta æquiparantur. Rauchb. *part. 1. qu. 50. n. 15.* Neque huic obstat, quod reus forum sortiatur in loco ubi reperitur, etiamsi alibi deliquerit. Hoc enim est solummodo verum ratione processus, qui contra delinquentem in loco, ubi reperitur, formari potest, observato etiam modo procedendi in isto loco consueto, non etiam ratione pœnæ, quam statim ac ipso momento in loco, quo delinquunt, Rei incurrunt; Igitur nec alia pœna, quam in loco delicti consueta affici debent, juxta antea dicta. Ideoque etiam delicti locus in criminibus puniendis cæteris aliis potentior est, ut tradit Cyrillus *in summ. crim. in tit. C. ubi de crimin. agi oport. n. 2.* Farinac. *in praxi crim. lib. 1. tit. 1. qu. 7. n. 1.* Carpzov. *prax. crim. part. 3. qu. 109. n. 80. seqq.*

§. VIII.

Cæterum, utut juxta supra dicta necessitas remissionis hodiernis moribus amplius non observetur, casus tamen nonnulli sunt exceptionem à regula facientes, ita ut in iis remittere delinquentem necessitatis adhuc hodienum sit. Talis autem est atque fit in Provinciis Electoratus Saxonici, de qua peculiaris extat *Ordinatio Provincialis* de Anno 1555. sub Tit.: daß man die Ubelthäter, so in den Aemtern verbrechen und entwerden, wiederum in die Aemter soll folgen lassen. Sanctionis autem hujus ratio coincidit cum ista, quæ necessitatis de Jure Romano fuit, quod nempe omnes Saxonicæ Præfecturæ, uti Romanæ Provinciæ uni Imperatori, sic hæ uni pareant Principi. Rauchbar. *part. 1. qu. 80. n. 26.* Richter. *decis. 15.*

§. IX.

Alias circa necessitatem non amplius usitatam tradit limitationes Carpzov. prax. crim. part. 3. qu. 110. n. 57. seqq. quarum potissima est; si in loco delicti deprehensus & incarceratus sit Reus, inquisitione vero formata, causa criminali ventilata & sententia lata aufugiat, tunc si in alterius territorio deprehendatur, judex iste reum ad locum delicti remittere debeat, ne scil. processu jam finito lata sententia eludatur & frustratoria reddatur. Et ita Scabinos Lipsienses Joh. Georg. à Schmeen in Steinbach. Mens. Mart. 1626. respondisse testatur Carpz. d. l. n. 64. Struv. *S. J. C. ad tit. ff. de Judic. th.* 43. Ast limitationem hanc recusat agnoscere Mevius *ad Jus Lubec. lib.* 4. *tit.* 4. *art.* 15. Verius & rationi magis congruum esse statuens, in tali casu necessario remittendum non esse, sed tantum teneri Magistratum, sub cujus Jurisdictione profugus degit reus, literis subsidialibus sive mutui compassus rogatum, sententiam in foro delicti juste dictam sine novo Processu exequi in suo territorio. Et hoc in Praxi observari asserit *d. l.* Verum cujuscunque fori atque loci consuetudinem hic observari debere consultius esse duco, maxima enim circa jurisdictionalia hujus vel illius Provinciæ apparet diversitas.

§. X.

Circa delinquentes rei militari adscriptos alia adhuc locum habet ampliatio. Milites nimirum, tum si in castris peccaverint, vulgo die Soldaten so bey dem Regiment verbrechen, & aliunde aufugerint, tum si aliena sub jurisdictione deliquerint, ad Magistrum militum remittendos esse suadent *l. 3. ff. de re milit. l. 2. C. eod. l. 9. l. 11. ff. de custod. & exhib. reor. l. 1. C. de exhib. reis.* Limitant hoc Bartol. *ad l. f. ff. de accus.* Ernest. Cothmann. *ad tit. C. de offic. Magistrat. milit.* putantes, fallere, hæc in atrocibus delictis & enormibus flagitiis, ita, ut si crimen sit militare, Magistratui militari, si non militare & enorme, Magistratui loci animadversio competat. Thom. Mich. *de Jurisdict. concl. 94. & ibi alleg.* Verum enim vero non obstante hac distinctione, lis hæc in noviss. *Recessu Imper. de Anno* 1641. ita fuit decisa: Si miles tertio à suo præsidio sive centurione & cohorte milliari in flagranti crimine deprehendatur vel officialis præsens, aut tertio milliari tan-

tum subsistat & caveat de Justitia administranda, quod tunc delinquens ad eum remittendus: Altero casu status Imperii, in quorum territorio delictum commissum, non solum delinquentem captivare, sed & formato processu legali, quod judicatum, executioni dari posse: ita tamen, ut gubernatori vel commendatori proximi præsidii denuncietur, eique liberum relinquatur, an officialem illius legionis, cui delinquens addictus, adjungere velit judicio. Verba Constitutionis sive Recessus ita se habent: Wir haben uns zu desto mehrerer Erhaltung guter Disciplin, und damit das Ubel nicht ungestrafft bleibe, mit Chur-Fürsten und Ständen, und der abwesenden Räthe Bottschafften und Gesandten, und sie hinwiederum mit uns verglichen, daß wann der Delinquent über drey Meilen von seinem Quartier und Compagnie auf frischer That in straffmäßigen Verbrechen ergriffen würde, oder der Officirer gegenwärtig, oder nur drey Meil Wegs von dannen ist und gnugsame Versicherung thue, die Justiß zu administriren, daß alsdann der Ubelthäter demselbigen abgefolgt, widrigen Falls aber die Stände nicht allein die Verhafftung vorzunehmen, sondern auch mit Rechtl. Proceß zu verfahren, und alsdenn nicht weniger die Execution vorzunehmen Macht haben sollen, zu welchem Proceß sie gleichwohl den nechsten Commendanten, wann der Befehlshaber, zu dessen Regiment der Straffmäßige gehörig, über die drey Meil von der Stelle erfordern und ihme daß er den Rechten beywohne, freystehen soll: Darbey wir aber diesen Fall vorbehalten haben wollen; daß wenn ein Soldat, so mit seinen Billeten, gewisse Sachen zu verrichten, versehen, etwas verbrechen thäte und auf frischer That begriffen würde, wenn es gleich weiter als drey Meilen von seinem Quartier und Compagnie wäre, daß er doch seinem Obristen oder nechsten Kriegs-Commendanten zur Bestraffung zugeschicket werde, und dieses darum, damit die Kriegs-Anschläge, so manchem vertrauet, nicht offenbar werden. Hucusque Recessus allegatus.

§. XI.

Ultimo loco adhuc notandum, ut plurimum circa hodiernis moribus concedendam remissionem frequentari hoc discrimen, utrum qui delicti arguitur, sit ejus sub quo crimen perpetratur subditus, an illius ubi reperitur, an neutrius. Subditos ob delicta fugitivos remitti, ex gentium Jure æquum olim habebatur, inde retinere adver-

sus

ſuos dominos, iniquum & injuriæ inſtar creditum, uti ex hiſtoria ſcimus. Quare ad illos dedendos faciliores ſolent eſſe Magiſtratus, nec facile negare remiſſionem, ſi nulla gravis adſit cauſa retinendi. Suum autem ſubditum remittere, mere arbitrarium, nec neganti ſuccenſetur, cum & ipſius interſit, ſe potius, quam alium, ſuorum eſſe judicem. Utrique peregrinus ex urbanitate remittitur, ut viciſſim in tali caſu benevolentia exhibeatur. Mevius *ad Jus. Lubec. lib. 4. tit. 4. artic. 15.* Et hæc de Remiſſionis delinquentium uſu hodierno dixiſſe ſufficiant. Nunc poſteriori Diſputationis noſtræ parti manum admoveamus.

CAP. IV.

De Transportatione Facinoroſorum per Territorium alienum.

§. I.

PErſæpe contingere atque fieri ſolere, quotidiana loquitur experientia, ut Reus vel vincula rumpens, vel in iſta conjici metuens, fuga longe à foro delicti diſſita quærat loca, ubi vel ſpeciali prævia requiſitione, vel generali literis moratoriis, vulgo durch Stöck-Briefe ſt. facta rogatione judicis delicti, capturæ datur; ut igitur Remiſſio fiat, inevitabili ferme accidere interdum ſolet modo, ut per aliena territoria delinquentem duci neceſſum ſit. De hac igitur Transductione ſive transportatione diſſerere præſentis Capitis erit labor. Cum vero & haud raro delinquentis, vel à flagranti ſtatim crimine, vel fractis carceribus fugientis, perſecutio die Nacheil in alienum etiam territorium fieri ſoleat, circa hanc igitur quid jura ſtatuant, antequam de ipſa Transportatione diſpiciamus, pauca pertractemus.

§. II.

Conſtat, quod de Jure communi Magiſtratus extra ſuam Provinciam & territorium pro privato habeatur, eique impune non pareatur. *l. f. ff. de Jurisd.* Unde nec citatio in alieno territorio fieri poteſt, teſte quotidiana experientia, ſed fit per literas ſubſidiarias & requiſitoriales. Hinc DD. ſibi contrariantur, putantes partim, perſecu-

secutionem talem fieri non sine injuria insigni ejus, in cujus territorio fit, cum si Jus non dicere multo minus persequi atque capere in alius territorio licebit. Bartol. *in l. 8. §. 5. ff. si servit. vindic.* Et ita captus ante omnia relaxandus sit. *L. fin. ff. de offic. præf. urb. l. 3. ff. de offic. Præf. l. 1. l. 2. de offic. Proconf.* Gail. *lib. 1. de P. P. cap. 16. num. 27.* Justitiæ namque ordo confunditur, ubi Jurisdictio sua cuique non relinquitur. *cap. 11. qu. 1.* Hartm. Pistor. *observ. 42.* Licitam tamen esse persecutionem & capturam plurimi asserunt, imprimis si in continenti fiat. Nam quod in continenti fit, actus continuus censetur per *L. 1. C. ubi de crim. agi op. L. 23. §. f. ff. ad L. Iul. de adult. c. un. §. si judex. de pace tenenda.* Gail. *lib. 1. de P. P. cap. 16. n. 25. & cap. 4. n. 48.* Everh. *consil. 13. vol. 1.* Besold. *in thes. pract.* verb. Nacheil. Wames. *consil. canon. 516.* Myler. *de Princ. & Stat. Imper. part. 2. cap. 48. num. 13.* Confirmatur hæc Sententia per *Recess. Imp. de An.* 1559. §. 26. ibi: So nun in solcher Nacheil ein oder mehr Thäter und Beschädiger niedergeworffen und ergriffen, sollen der oder dieselbigen in der Obrigkeit und Herrschafft Gericht, darinn er oder sie niedergelegen, gelassen und eingestellt, daselbst verstrickt oder in Gefängniß und gute Verwahrung geantwortet, der Ort auch von den Beschädigten oder Beleidigten, vermöge des Land-Friedens und des Heil. Römischen Reichs Rechten, oder sonst nach Gelegenheit, und wie er dessen zum besten befugt sey, bey sich selbsten befinden mag, beklagt, und gegen den Beklagten, Inhalts gemeldten Land-Friedens, der gemeinen Rechten, und wie es sonst jedes Orts die besondere Gewonheit, Freyheit und alt Herkommen vermögen und mitbringen, gehandelt werden. Nec non per *Recessum Imper. de Anno* 1555. §. 37. ibi: Wo sich aber einer oder mehr der Obrigkeit mit Gewalt zu widersetzen unterstehen würde, gegen denselben soll mit Nach-Eilen, biß er oder sie zu Handen und Hafften gebracht, und alsdann abermals gegen ihnen mit Straff, vermöge gemeiner des Reichs Recht und Constitutionen, auch jedes Orts Gewohnheiten, Freyheiten und alten Herkommen Handlung fürgenommen werden. Atque hæc hodienum sic observantur, ita tamen ut quamprimum persequens facinorosum alieno in territorio reperiat, eum ibi statim juri sistat, nec proprio ausu atque invito istius loci Magistratu illum secum abducat. Reinking. *de reg. sec. & eccl. lib. 2. class. 2. cap. 17. & ibi addit.*

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Circa transportationem autem ipsam primo statim loco decidenda venit Quæstio: *An delinquentes per alienum territorium non rogata prius venia ducere liceat, & an teneatur Magistratus Magistratui concedere transitum cum captivo?* Utraque sententia suis defenditur Patronis. Affirmativæ qui adstipulantur, argumenta sua rationibus ex Jure civili peritis suffulciunt atque probant. (I) Quia nemo prohiberi debeat via publica uti, *l.* 11. *C. de servit. & aqua*, adeoque per alienum agrum ire, est de Jure divino & naturali. *c. omnes leges. dist.* 1. Ita ut injuria afficiatur qui via publica uti prohibetur. *L.* 13. §. *si quis me, ff. de Injuriis. l.* 2. §. *si quis. ff. ne quis in loco publ.* ac negans transitum innoxium hostis censeatur. *c. f. caus.* 23. *qu.* 2. Schurf. *cent.* 3. *cons.* 29. *n.* 7. & 8. Reinking. *de reg. sec. & eccl. lib.* 2. *class.* 2. *cap.* 17. *n.* 93. Ahasver. Fritsch. *de regali viar. publ. Iur. cap.* 8. *per tot.* Communis enim hominum obligatio, qua quilibet cujuslibet necessitates, quantum citra fraudem suam fieri potest, sublevare tenetur, omnes adstringit, ut quamdiu intra innoxiam utilitatem usus ejusmodi subsistit, is absque difficultate concedatur. Hinc in *Laudo Heilbronnensi* §. 32. dispositum est: Ut quando de Præfectura ad Præfecturam, vel pago ad pagum per viam publicam ob scelera captivi ad carcerem vel damnati ad supplicii locum ducuntur, conductu non sit opus, sed quibus jus viæ publicæ vel etiam ob viciniam ejusdem liber est usus, cum velint ducere, liberum relinquatur. Phil. Albr. Orth. *de Iure conducendi cap.* 8. *p.* 267. Addunt hisce secundam: Quod ejusmodi actus nec tribuat, nec turbet Jurisdictionem, ergo etiam ratione prohibendi cessante, ipsa cesset prohibitio. Besold. *de Iurisd. Imp. Rom. p.* 100. §. Noch weniger. Nam ad cognoscendum utrum cujusdam jurisdictio turbetur, inspiciendum est, num actus turbativus in alieno territorio usurpetur, ut v. g. captura, quæ ad jus terrendi sive submovendi, hoc est, capiendi & in captivum exequendi pertinet, per *L.* 239. §. 8. *ff. de V. S.* Cum hoc autem Jure, quod territorio cohæret, nihil commune habeat Jus ducendi captivum, cum in loco competenti jam sit submotus, ideoque nec illius per cujus territorium ducitur, territorium violatur, nec aliud quid restat, quam ut ad convenientem etiam locum, ubi commode fieri potest executio, perducatur, quod utique

licebit: Cui enim permissum, delinquentem in suo territorio capere, & adversus eum in eodem statuere, cur non eidem licitum erit captivum eo perducere, ubi commode executio fieri potest. *arg. l. 2. ff. de Jurisd.* Orth. *d. l.* Thom. Maul. *de Iure conduc. tit.* 3. *n.* 28. Myler *de princ. & stat. Imp. cap.* 48. *n.* 13. Subnectit tertiam Wehner. *consil. Francon.* 92. Quod in jurisdictione tantum tria inspiciantur, captura, sententia & supplicium, intermedii autem actus negligantur. Besold. *de Jure territor. p.* 273. *seqq.* Nec obstet, quod Jurisdictio cohæreat territorio, & judex terrere captivum, id est duci, mandare non possit, nisi in suo territorio *L. fin. ff. de jurisd.* cum sub Jure ducendi & Jus cogendi comprehendatur *l.* 13. §. 1. *ff. ad SCt. Trebell.* Ad hoc enim respondet Pompon. JCtus in *L.* 239. §. 8. *ff. de V. S.* ibi: *Territorium ejus cujus non est tantum, prohibet Jus submovendi, id est capiendi, non captivum ducendi.* Et affirmativam hanc propugnant post antea allegatos, Wesenbec. *consil.* 33. *n.* 53. Cephal. *consil.* 539. *num.* 77. Cæpolla *de servit. rustic. præd. cap.* 3. *n.* 17. *seqq.* Besold. *vol.* 2. *cons.* 238. *n.* 49. Bidenbach. *qu. nob.* 11. ubi quæstionem: Ob ein Fürst denen Edelleuten die Durchführung der Maleficanten gestatten müsse, oder ihnen solche wehren könne? quoad partem priorem affirmative, quoad secundum negative decidit.

§. IV.

Verum enim vero, uti multa contra rationem disputandi, Jure Civili pro utilitate communi recepta sunt, *l.* 51. *vers. multa. ff. ad L. Aquil.* ita haud pauca etiam contra dispositionem Juris civilis hodiernis moribus esse introducta innumerabili exemplorum probari potest numero. Licet enim affirmantium de hac quæstione sententia de Jure civili recte omnino sese habeat, negativam tamen moderna omnium fere locorum consuetudo approbat, ita ut capere atque ducere delinquentem in alieno territorio summa hodie reputetur injuria. Cum enim Principes & Status Imperii magis hodie Jurisdictionalia quam patrimonialia curent, & potius de his quam de illis sibi aliquid detrahi patiantur: Klock. *consil.* 147. *n.* 90. Summo igitur ista observant rigore, ne circa ea præjudicii quid sibi oriatur. Hinc vel literis sese rogari sinunt requisitorialibus, ut ipsi captivum per proprium territorium ducant, eum postmodum requirentibus ad limina

mina jurisdictionis tradentes, vel literæ salvi conductus atque innoxius transitus à transituris cum captivo petuntur, begehren Geleit zu Durchführung der Maleficanten. Nonnunquam etiam reversales permittenti tradantur litteræ, quorum tenor idem fere solet esse ac earum, quarum supra circa remissionem mentionem fecimus. Sic in Actis Ortenburg contra Beyern *fol.* 23. à parte Beyern conquerebatur: Daß der Herr Graff in ihrer Fürstl. Durchl. Obrigkeit gegriffen und einen Lands-Gerichts-Mann durch die Churfürstl. Obrigkeit, per territorium Ducale, dem gemeinen und sondern Land-Rechten zuwider mit Gewalt geführt und andern dergleichen Hochmuth mehr gebraucht, derenthalben die gebührende Straff vorbehalten worden. Besold. *thes. pract. lit. d.* verb. Durchfuhr der Maleficanten.

§. V.

Cæterum circa hæc singula cujuscunque loci consuetudo accurate ponderari debet. In quibusdam enim locis permittitur ut captivum ducens cum ipso per alienum territorium transire queat, si modo salvum prius acquisiverit conductum. Alibi vero hæc locum non habent, sed solet Judex territorii literis requisitorialibus peti, ut captivum destinato loco assumere, eum per jurisdictionem suam ducere, ac rursus prope limites requirentis territorii tradere velit. Requisitorialium harum formulam hic subjungere haud incongruum putavi:

P. P. Demselben kan ich nicht verhalten wie daß ich N. N. als einen hiesigen Unterthanen, beschuldigten Ehebruchs halber, in voriger Nacht zu G. Dorff in gefängliche Hafft nehmen zu lassen genöthiget worden; Nun dann denselben anhero bringen zu lassen gesonnen, solches aber ohne Berührung der Hoch-Gräfl. S. Amts-Gerichte nicht füglich geschehen kan; Als ergehet an denselben mein dienstliches bitten, er wolle gemeldten Gefangenen heute gegen zwey Uhr an der HochGräfl. S. Gräntze, bey der so genannten G. Mühlen annehmen, so dann durch die HochGräfl. Amts-Gerichte bringen, und gegen Ausantwortung gewöhnlicher Reversalien, die Ausstattung der dißfals gehörigen Amts-Gebühren, an hiesigen Gerichts Gräntzen mir wieder einhändigen lassen. Hierdurch erweiset derselbe diesen Gerichten eine sonderbare nachbarliche Affection; und seynd sie in dergleichen Fällen solches hinwiederum also zu halten, auch sonst ihme alle angenehme Freundschafft zu erweisen erbötig.

§. VI.

§. VI.

Quod restitutionem sumptuum, modum transportandi atque tradendi nec non reversales literas attinet, eadem fere observari solent, quæ supra circa Remissionem diximus. De clandestina atque insalutato & invito territorii Domino facta Transportatione notandum erit, quod comperta ea statim solennis protestatio concipi & nonnunquam per Notarium & testes, nonnunquam vero per Assessores Judicii Provincialis durch Richter und Schöppen, sive durch die Land-Schöppen, lædenti territorium insinuari soleat; qui postmodum actus in instrumentum publicum redigi & pro futura jurium competentium tuitione, Actis Judicialibus inseri solet. Protestationis ejusmodi formulam, aliquando usitari solitam, subnectere hic lubet:

P. P. Ich habe gleich jetzo nicht ohne Befrembung vernehmen müssen, daß dieselben am verwichenen Pfingst-Feyertag frühe, und also zu gantz ungewöhnlicher Zeit, durch dero Gerichts-Verwaltern ein Paar Corporalschafften bewehrter Leute durch meines Gnädigsten Grafen und Herrn Land, und zwar durch das T. Fluhr heimlich in G. Dorff bringen und den daselbst gesessenen Maleficanten N. N. de facto nicht nur das von Ihnen ratione Jurisdictionis ohne Grund streitig gemachte G. Dorffer, sondern auch durch die mit allen Gerichten und Gerechtigkeiten notorie hieher gehörigen N. N. und N. Fluhren, nacher Gkberg führen lassen. Wann dann mein Gnädigster Graf und Herr solche thätliche Violirung der Gerichte nicht ungeahndet, noch die Sache also bewenden lassen will; So habe auf Gnädigsten Befehl Amts halber zuförderst wider solche Thätlichkeiten und unternommene eigenmächtige Durchführung des Delinquenten durch die N. N. N. und N. Fluhre und Felder hiedurch in optima Juris forma protestiren und dem hiesigen Gräfl. Amt alle zustehende Jura, insonderheit auch die in G. Dorffer Fluhr und Feld, biß an die Zäune des Dorffs über Menschen Gedencken wohl hergebrachte Possess vel qs. der hohen Gerichte, und andern Gerechtigkeiten feyerlichst bedingen und hierüber einige Recognition zu ertheilen dienstfreundlich bitten wollen ꝛc.

DIS-

Dissertatio inauguralis de Foro competente & subjectione Clericorum sub Potestate civili, Præside CHRISTIANO THOMASIO, JCto, Regis Borussiæ ac Ducis Saxo-Numburgensis Consiliario respective intimo, Prof. Jur. ordin. & h. t. Pro-Rectore & Fac. Jurid. Decano, in alma Fridericiana, d. - - Junii MDCCIX. JOHANNES STARCKE, Magdeburgensis.

CAP. I.

De Foro competente & subjectione Clericorum sub potestate civili, demonstrata ex Jure div. naturali & positivo.

SUMMARIA.

Majestas tam circa Sacra, quam circa secularia negotia versatur §. I. idque probatur (1.) ex fine atque indole civitatum. § II. & IV. (2.) ex natura religionis. §. III. & XI. (3.) ex indole S. Imperii, ac refutatur Ziegleri sententia, Majestatem posse dividi. §. V. VI. & VII. Simile affertur. §. VIII probatur ulterius (4) ex incommodis, quæ è divisione S. Imperii oriuntur. §. IX. concluditur, de I. Nat. curam Sacrorum pertinere ad S. reipubl. Principem. §. X. Idem probatur doctrina & exemplis Christi atque Apostolorum. §. XI. Transitus ad specialem hujus dissertationis materiam. §. XII. quod Principi etiam competat directio & imperium in Clericos, cui subjecta est divisio sequentium in hoc capite. §. XIII. & XIV. Quid juris circa constitutionem Clericorum Principi competat? & quæ differentia sit inter mandatum, ordinationem, electionem & confirmationem Clericorum? §. XV. seq. Cui competat electio Clericorum? & quo jure? §. XVI. Exempla electionis à Principibus factæ adducuntur ex historia S. & profana: culpatur simul abusus hujus juris. §. XVII. Jus confirmandi Clericos jam electos ab imperio civili separari nequit. § XVIII. illustratur exemplis & testimoniis. §. XIX. & XX. Quatenus Clerici imperio civili subjecti sint (1.) ratione vitæ atque morum, §. XXI. - - XXIV. (2.) ratione doctri-

næ. §. *XXV. & XXVI. Inde tamen minime fluit, quod Princeps pro lubitu possit doctrinam de cultu divino ad libidinem suam attemperare.* §. *XXVII. defenditur Puffendorffius.* §. *XXIIX. Effectus Imperii civilis in Clericos.* §. *XXIX. & XXX.*

§. I.

SUpremi cujuslibet imperii, recte constituti, eam esse naturam, ut non modo circa profana ac secularia, uti vocant, sed potissimum quoque circa sacra & ecclesiastica occupatum sit, id nemo forte amplius in dubium vocabit, qui sanioribus doctrinis de statu & regimine civili paululum modo imbutus est. Non solum enim Jus Naturæ atque Prudentia civilis, sed & ipsa Scriptura sacra requirit, ut hæc vi Majestatis competens cura sacrorum Principibus sancta illibataque conservetur.

§. II.

Equidem civilis prudentiæ præcepta tradere, in præsenti animus non est, nec instituti ratio illud permittit, nisi quatenus ea in ipsis legibus naturalibus & positivis, quas mox explicabimus, forsan continentur. Quantum vero ad Jus naturæ attinet, assertio nostra exinde liquido probari potest, præcipit enim illud: Tantam unicuique Imperanti potestatem relinquendam esse, quanta ad finem civitatis & imperii, felicitatem scilicet atque tranquillitatem reipublicæ, assequendum necessaria est; Finis enim media exigit, & media ad finem obtinendum probe attemperata esse debent.

§. III.

Porro suppono, cultum Divini Numinis causam atque originem esse honestatis, virtutis atque probitatis omnis, itemque morum placidissimorum, quibus tam insigne firmamentum civitatibus accedit, ut propterea Augustinus *de civit. Dei lib.* 5. *cap.* 1. 4. veram civitatis felicitatem in eo unice consistere dicat: *Ut Dei amans sit, & à Deo amata*; contra autem impietatem, tanquam fontem omnium scelerum atque malorum, respublicas non modo labefactare, sed & funditus delere solere: Unde iterum clarissime patet, quam sollicite hoc Jus circa sacra cuilibet Principi, τὸ κύριον in republica exercenti, vindicandum sit, ne quid mali forte, & tam divino cultui, quam huma-

humanæ societati adversum, hoc sacrorum prætextu, in civitatem irrepat ac inducatur; quo pertinent doctrinæ, de fide hæreticis non servanda, de justa ac licita interfectione Principis hæretici, & alia Papicolarum commenta, de quibus infra §. 25. pluribus.

§. IV.

Immo Jus circa sacra cuilibet Principi ex voto & consensu subditorum suorum competit, quum quilibet populus constituendo Regem, vel Principem, omnia simul in eum contulisse merito censeatur, quæ ullo pacto ad salutem civitatis aliquid facere videntur. Scilicet, quia humanum ingenium varium est atque mutabile, proclive ad contradicendum, stupidum præterea & ineptum in nonnullis, ut optima quævis & facillima media à pessimis & laboribus plenis secernere nesciat, quodque nihil magis aversatur, quam aliis ultro obsequi & parere; hinc liquido apparet, pacem & utilitatem publicam, qui veri sunt civitatum fines, tam in secularibus, quam ecclesiasticis, nullatenus obtineri posse, nisi stabili quadam unione facta voluntatum viriumque, omnium in republica viventium, excepto nemine. Stabilis vero firmaque hæc conjunctio esse nequit, nisi omnes ac singuli à communi quodam imperio ita dependeant, ut propositis pœnis atque præmiis, tam boni, quam mali, possint in officio eo melius contineri, statusque ab internis pariter motibus, ac externis bellis & invasionibus, tranquillus & pacificus conservari. Puffend. *de J. N. & G. lib. 7. cap. 1. §. 4. & 10. seq. cap. 2. §. 5. seq. & cap. 4. per totum.* Atqui omnes subditi, cujuscunque ordinis & conditionis sint, tempore constitutæ reipublicæ voluntates suas ita unierunt, seque à summo Principis imperio in rebus ad pacem externam spectantibus dependere, eique in omnibus, quæ pacem hanc conservant & promovent, obtemperare velle promiserunt. Dico: *in rebus ad pacem externam spectantibus*, nam de *rebus fidei* mihi sermo non est.

§. V.

Male itaque sentiunt illi, qui summam Principi potestatem circa res & personas ecclesiasticas denegant, eoque maximam præstantissimamque partem Jurium Majestaticorum illi eripiunt, quam tamen, salvo summo Imperio, à reliquis Regalibus nequaquam dividi pos-

se, contra accuratissimum alias JCtum Zieglerum *in tract. de Jur. Majest. lib. 1. cap. 3. §. 6. seq.* asserere nullus dubito. Majestas enim est ens morale, quod in se & abstrahendo à materia, unum quiddam est ac indivisibile, ita, ut nec partes ullas recipiat, nisi quatenus circa diversa objecta occupatum, ac per diversos actus se se exserens, communiter quoque diversas partes potentiales habere concipitur; eodem modo, uti anima humana, quæ pro diversitate organorum, in quibus versatur & operatur, varios quidem effectus producit, indivisibilis tamen est & manet, quum sit ens unicum & activum, quod in omnibus membris, dum agit, totum existit ac reperitur. Conf. Bosius *in Introductione ad notit. rerumpubl. cap. 3. §. 6. in fin.* Hinc perquam eleganter ait Grotius *in Apolog. cap. 2. Est summum imperium, quod coronæ comparari, eaque imagine depingi solet, ejus naturæ, ut parte amissa, substantiam suam amittat.* Et Tacitus 1. *Annal. 6. Eam conditionem esse imperii, ut non aliter ejus ratio constet, quam si uni reddatur.*

§. VI.

Neque vero me movet argumentum à laudato Zieglero in contrarium adductum, *in fin. §. 8. cit. l.* Quodsi idem, inquit, (quod scil. jam modo de spiritu humano dictum) de Majestate dicere præsumseris, aut negabis cum Bodino, dari rempublicam mixtam, & experientia convinceris, aut adstrues, duos dari in eadem civitate eodem respectu Summos, & in rationem peccabis communem. Prius enim non nego, *dantur ejusmodi respublicæ mixtæ*, si stylo Aristotelicorum loqui velis, & in multis civitatibus non modo jus circa sacra, sed & alia regalia, uti est jus tributorum, belli, fœderum &c. penes alium, quam summum Imperantem inveniuntur. Veruntamen sicuipiam populo talis divisio arriserit, ejus regiminis forma, non regularis atque perfecta, sicuti falso sibi persuadent Aristotelici, sed irregularis maxime & morbida erit, in qua omnia cœpta & negotia sat infelici auspicio plerumque peraguntur. Quod S. Codex innuit hisce verbis: *Regnum in se divisum dissipabitur.* Conff. Puffend. *cit. opere de J. N. & G. lib. 7. cap. 4. §. 11. 14.* Illustr. Dn. Præses *in Jurispr. div. lib. 3. cap. 6 §. 35. 36. 38. 40. 59. & 60.* Ejusmodi vero respublicæ irregulares novam regulam non conficiunt, sed potius, tanquam exce-

exceptiones, firmant priorem. Quodsi tandem & posterius concederem, dari *scil. in ejusmodi civitate duos eodem respectu Summos*, non errarem forsasse, nec est, quod metuam, ne propterea in communem rationem impingam. Ipsæ enim respublicæ mixtæ contra communem rationem & indolem civitatum institutæ sunt, ac proinde, dum in iis uno plures suo jure regalia exercent, dentur quoque in illis plura summa capita, i. e. quæ intuitu suæ administrationis nemini rationes reddere teneantur, necesse est. Nam summa potestas, τὸ κῦρος ἀνυπεύθυνον dictum ab Aristotele 4. *Polit.* 10. vocatur illa, cujus actus alterius juri non subsunt, ita, ut alterius voluntatis humanæ arbitrio irriti possint reddi. Grot. *de J. B. & P. lib.* 1. *cap.* 3. §. 7. Itaque quod vitio ipsius rei accidit, culpæ meæ non poterit annumerari.

§. VII.

Longe vero secus se res habet, si de regulari atque ordinaria forma civitatum omnis, uti hic, Dissertatio instituta est. In illa enim, si quid ex voto procedere debet, omnia quoque & consilia & leges debent, vel ab unius hominis arbitrio, vel à decreto unius Concilii, tanquam ab una anima, totum corpus vivificante, dependere & proficisci, omnesque omnino & singuli communi imperio regi. Adeoque non est consentaneum, Summum esse in civitate, & tamen vel in eadem habere æquales, qui legibus status politici plane non obnoxii, sed liberi sint ab omni politia & disciplina seculari, nullo fidelitatis vinculo erga Principem, neque obedientia erga Magistratus adstricti; vel extra eandem certo modo superiorem agnoscere debere, qui actus in securitatem reipubl. susceptos auctoritate atque dissensu suo irritos reddere, vel omnino subditos à juramento subjectionis absolvere possit. Spectat huc illud Tertulliani, quod Grotius refert in *tract. de Imp. summ. potest. circa sacra cap.* 1. §. 3. *Ea est Summi conditio, ut nihil illud adæquet, ne dum superet.*

§. VIII.

Hi igitur qui aliud statuunt, similes mihi videntur Philosophis illis, qui extra impositionem divinam sibi quandam opinionis errore fingunt æternam moralitatis actionum humanarum regulam, ac dum

illud faciunt, nihil aliud moliuntur, quam ut sanctissimæ voluntati divinæ coæternum aliquod principium extrinsecus adjungant, quod Deus in formandis rebus entibusque sequi quasi necessum habuerit, de quibus pluribus Illustr. Dn. Præses *in Jurispr. div. lib.* 1. *cap.* 1. §. 31. *& differt. proœm.* §. 39. Puffend. *de J. N. & G. lib.* 2. *cap.* 1. §. 5. *lib.* 1. *cap.* 2. §. 6. it. *in Specim. controv. cap.* 5. nec non celeberrimus JCtus Dn. Ludovici *in Hist. Jur. natur.* §. 60. 68. *seq.*

§. IX.

Quæ cuncta licet ita sint in promtu, ut à quolibet, sana ratione prædito, facillime & adverti, & intelligi possint; nihilo tamen minus dantur ejusmodi homines, qui sacro quodam obtentu Clericos à Jurisdictione seculari eximunt, causasque ecclesiasticas Laicorum cognitione superiores esse, autumant. Hi certe, dum eos alii subjiciunt, totum non dico societatis civilis sed humanæ penitus, vinculum tollunt. Id quod partim per indirectum contingit, dum illi parum respicientes ad commune bonum & imperium, sed alium, qui extra hanc rempublicam est, sequentes, pro arbitrio ejus & concessione multa sibi sumunt, & seorsim constituunt, quibus & amplificare commoda, & splendorem ordinis sui se posse augere existimant, quantumvis ceterum illa perniciosa reipublicæ, & valde noxia cum tempore futura esse appareant; partim etiam, confisi nimium licentia & impunitate sua, consulto & cogitato suscipiunt multa, vel aperta vi, vel clanculum, in perniciem & imperii & civitatis, populum scil. in partes trahendo, turbas & seditiones falsis persuasionibus, ac specioso religionis nomine concitando, & reliqua, ex quibus tandem certissima bella intestina, infinitæ calamitates & eversiones rerumpublicarum, cum exitio atque discrimine totius humani generis conjunctæ, oriuntur. Qualia tristissima fata, proh dolor! Germania nostra, temporibus Henricorum, haud semel cum maximo suo detrimento experta est.

§. X.

Quodsi igitur hæc disjunctio atque discissio summi Imperii tantas turbas, tantosque motus, in republica excitare valet, merito inde concludo; naturaliter omnium rerum & negotiorum, tam secula-

rium, quam imprimis sacrorum, supremam administrationem, unice & sanctissime penes summum Imperantem conservandam esse. Atque hæc ita hactenus ex rationis lumine adduxisse sufficiat.

§. XI.

Tantum vero abest, ut indoles & finis civitatum, de quo modo diximus, à natura religionis in genere, vel in specie etiam religionis Christianæ discrepet, ut eundem potius religio promoveat, & ad obtinendum eum viam faciliorem reddat, dum commodos ad parendum mores efficit, & hominum quorumcunque animos ita componit, ut lubenter ea, quæ Dei sunt, Deo tribuant, quæ vero Cæsari debentur, Cæsari quoque relinquant. Ipse Salvator noster Jesus Christus, à quo missi sunt veræ ecclesiæ Ministri, in terris hisce non gessit personam Principis, uti nec Apostoli ejus, & reliqui Episcopi, qui primis ecclesiæ temporibus vixerunt, sed Magistri saltem & Doctoris. Imo sæpe expresse monuit Christus discipulos suos, ne imperium quoddam humanum temere affectent, minus enim convenire officio illorum, Regio more dominari & beneficos appellari. *Matth. 20. v. 20. seq.* Observavit hoc monitum Christi primitiva ecclesia, ubi & docentes & auditores imperio infidelium Regum & Imperatorum sponte se subjecerunt, & hine Augustana confessio optime pronunciat: *Evangelium non abolet politias.* Conf. Puffend. in *tr. de Habitu Christ. relig. ad vitam civil.* §. 13. *seq.*

§. XII.

Atque hæc quidem generatim de potestate summorum Imperantium circa sacra altius paululum repetenda duxi, quo hisce positis fundamentis, reliqua, quæ de imperio civili in personas, seu administratores sacrorum, tanquam de parte ejus nobilissima, & exinde fluente foro competente Clericorum, dicturus sum, eo firmius possint superstrui.

§. XIII.

Scilicet officium summi Principis in eo consistit, ut tranquillitatem publicam, tanquam summum bonum politicum inter cives reipublicæ suæ conservare studeat, ergo etiam necessario potestas ipsi com-

competere debet, ut quoslibet, qui eam tranquillitatem turbant, condignis pœnis coërcere & ad justa redigere queat. Turbatur vero tranquillitas non solum intuitu controversiarum civilium, sed ecclesiasticarum quoque, & quæ religionem concernunt, uti historiæ testantur. Si qua enim unquam perturbatio societatis, ac confusio boni ordinis intuitu sacrorum orta est, id si non omne, quoad maximam tamen partem provenit à perversis ecclesiarum Ministris, prout hi, vel superstitioso quodam ducti errore, vel agitati cupiditatibus suis, imperitam plebis multitudinem, imo & prudentiores nonnunquam, vel spe atque promissione vitæ & felicitatis futuræ, vel metu atque terrore æternæ vindictæ divinæ, hanc vitam excipientis, in varias, uti libuerit, partes deduxerint, & ad nefarias funestissimasque seditiones contra Principem juste & legitime imperantem inflammaverint.

§. XIV.

Convenit itaque summo Imperio providere, ne turbulenti, ambitiosi, avari, vel nimium superstitiosi, aut genio suo indulgentes homines ad officia sacra admoveantur: quique iis jam admoti sunt, ne hi vel impia, & communem pacem turbantia dogmata frivole disseminent, vel turpi vita & corruptis moribus suis plus noceant, quam ædificent, quum secundum Augustinum, *plus valeat in pastoribus vivendi, quam loquendi motus.* Ut res clarius pateat, distincte procedemus, & primum, quid circa constitutionem; tum, quid circa vitam, actiones & doctrinam; post denique, quid circa coërcitionem ac remotionem Clericorum Princeps juris habeat, jam ulterius dispiciemus.

§. XV.

Quod igitur ad primum nostræ divisionis membrum, constitutionem scil. Ministrorum ecclesiæ attinet, quatuor hic bene distinguenda esse, putat Grotius *in tr. de J. S. P. circa sacra cap.* 10. §. 2. mandatum, ordinationem, electionem & confirmationem Clericorum. Per *mandatum* intelligit facultatem divinitus concessam prædicandi, Sacramenta & claves administrandi, quæ facultas à solo Deo dependet. *Ordinationem* vocat applicationem hujus facultatis ad certam perso-

personam, quæ regulariter manuum impositione Clericorum fieri solet, & primæva Apostolorum & ecclesiæ consuetudine introducta est, postea vero, tanquam pia ceremonia, ad nostra usque tempora remansit. *Electionem* porro, personæ ad certum cœtum & locum applicationem nominat: ac ultimo *confirmationem* tunc accessisse, inquit, quando talis persona publico consensu & præsidio ministerium suum exercet, quod unice summæ reipublicæ potestati acceptum ferendum. Atque hæ duæ posteriores species proprie hujus loci sunt.

§. XVI.

De *electione* quidem valde adhuc disputant Doctores, utrum illa ecclesiæ, seu toti cœtui, an vero Principi, & ex hujus concessione Patrono, aut Episcopo sive Ministerio loci adscribenda sit? item, Quo jure, utrum mutabili humano, an immutabili divino naturali seu positivo competat? Ego cum Grotio ita arbitror, maxime convenire naturali rationi, sicuti multi vectores jus habent eligendi gubernatorem navis, viatores itineris ducem, populus liber Regem, ac Collegium Præsidem sive Magistrum; ita quoque ecclesiam sibi pastorem optare posse, cum unicuique cœtui naturaliter permissum censeatur, ea sibi procurare, quæ ad conservationem sui necessaria judicet; in quo numero quoque functionum applicatio est. Conf. Blondell. *de jure pleb. in regim. eccl.* Ceterum, quia hoc juris tantum permissivi est, neque Princeps, sive legislator ab officiorum horum ecclesiasticorum institutione ac distributione in S. Codice ullibi prohibitus, hinc sane nullum est dubium, quin &, salvo tamen jure *bruparia* populo relicto, ut eas, quas recusandi causas habeant, publice possint exponere, Principes sibi solis illud jus eligendi pastores ob justissimas & reipublicæ proficuas causas arrogare possint. *Sæpe* enim, inquit Grotius *de I. S. P. circa sacra c.* 10. §. 15. *errores in ecclesiam contra Dei verbum invecti aliter evelli nequeunt. Sæpe schismata cavendi alia non est ratio, sæpe cleri suffragia factionibus, popularis electio seditionibus perturbatur: cujus rei plurima extant exempla, etiam ab ævo puriore: Adde jam postremo loco, quod ea interdum sint tempora, ut ne regnum quidem retineri possit, nisi curet Rex, ut fidelissimos sibi, atque obsequentissimos pastores habeat; Germani sane Imperatores gravissimas dedere pœnas hujus juris abdicati, quod omnes testantur historiæ.* Conf. Conring.

 de

de Constit. Episc. th. 46. & Illustr. Dn. Præses *in Vindic. Jur. Majestat. circa sacra, adversus auctor. simpl. consil. quom. eccles. Protestant. sint minendæ, passim.*

§. XVII.

Ita non solum in Vet. Testamento David, Salomon, aliique Reges, Regio Jure munia inter Sacerdotes Levitasque dispertiti sunt, 2. *Chron.* 29. 25. 1. *Chron.* 23. 24. 25. 2. *Chron.* 8. 15. *Nehem.* 12. & Josaphat nominatim quosdam ad docendum elegit ac misit ad civitates Judæ, 2. *Chron.* 17. 8. 9. Sed & post tempora Constantini Magni, Imperatores ac Reges Christiani jus eligendi ac instituendi Episcopos, aliosque Clericos minores, nullo neque cleri, neque plebis suffragio requisito, sibi solis reservasse, ubique fere in historiis relatum legimus. Lehman. *in Chron. Spir. lib* 2. *cap.* 41. Conring. *de Constit. Episc. Germ. th.* 39. Interim tamen cum Brunnemanno abusum illum, atque modum, vituperio dignum, improbo, quo invitis aliquando auditoribus Doctor, cujus nullus amor, nullaque æstimatio est, obtruditur, parum enim ille proderit ecclesiæ, vid. Brunnem. *in J. Eccl. lib.* 1. *cap.* 5. §. 5. Hoc Jus enim vocandi pastores ad Principem non eodem modo spectat, quo jus constituendi reliquos ministros atque Magistratus; *quum non sint proprie publici officiales Regis, sed sint servi Christi, & ministri ecclesiæ, non civitatis*; sunt verba Pufendorffii *intr. de Hab. Christ. relig. ad vit. civil.* §. 45.

§. XVIII.

Ex dictis liquet, jus eligendi ministros non quidem absoluta legis necessitate, sed utilitatis causa ab Imperantibus exerceri, quo eo melius & regni & ecclesiæ statum moderari atque tueri possint. Quod vero jus confirmandi, aut reprobandi electos attinet, si hi forte inepti atque inidonei ad munus sacrum videantur, hoc nullo modo ab imperio civili separari posse videtur: prohibere enim sic facillime dissensu suo potest Princeps, ne vitiosi per ambitum ac largitionem, vel incertes ac imprudentes juvenes ad sacra illa officia perveniant; alias vero hoc casu illud Ennii usu venire posset: *Cedo, qui vestram rempublicam tantam amisistis tam cito? Proveniebant Oratores novi, stulti, adolescentuli.*

tali. Scilicet, illud jus confirmandi Clericos, tanquam pars Majestatis, sive, supremæ in republica potestatis, juri sacorum, ut toti suo, adeo firmiter cohæret, ut ab illo citra læsionem & corruptionem imperii & civitatis neque avelli, neque citra quandam absurditatis notam separari queat. Hinc Francisc. Duarenus ait *lib.* 1. *de S. Eccl. minist. cap.* 6. *Illud unum vere, ingenueque dico, nihil reipubl. ecclesiæque Gallicæ mihi videri utilius, quam auctoritate Regis pastores præfici ecclesiis, &c.*

§. XIX.

Hanc ob causam nec diversæ religionis Principi illud denegatum fuisse videmus, sed & Turcarum Imperator Patriarcham Constantinopolitanum confirmat. Crusius *lib.* 3. *Turco-Græciæ.* Imperatores etiam Romani, Orientales & Occidentales, uti & Reges Francorum, Longobardorum, Hispaniæ & Hungariæ hanc potestatem liberrime olim exercuerunt, ita ut Imperatores etiam Pontificem Romanum, usque ad Henricos IV. & V. pro lubitu constituerint atque confirmaverint, de qua materia addictissimus illo sedis Pontificiæ Onuphrius Pamphinius in vita Hildebrandi ita scribit: *Imperator non solum Episcopatus omnes & Abbatias, minoraque omnia sacerdotia, ut Præbendas, Canonicatus, Præposituras, Decanatus & hujusmodi conferebat; sed etiam Romanum ipsum Pontificem designabat.* Et iterum, cum multis enarrasset, quo modo Imperator omnes dignitates ecclesiasticas conferret, addit porro: *Hoc autem per Galliam, Germaniam & Italiam, quæ tunc Latinus Orbis dicebatur, usurpari mos erat. Cujus exemplo ceteri quoque Reges, ut Hispaniæ, Francorum, Hungariæ & ejusmodi imitati sunt. Hanc autem consuetudinem quum omnes, ut dixi, Latini Orbis ecclesiæ, tum sæpe & diu in multis suorum Pontificum electionibus servavit Romana ecclesia: & præsertim in Joannis XIII. Gregorii V. Sylvestri, Clementis, Damasi, Victoris, Nicolaique, Pontificum electionibus; qui omnes Ottonis I. & III. Henrici quoque III. & IV. sententia Romani Pontifices, sine cleri Romani suffragiis electi, & ab iisdem Imperatoribus per annulum & virgam de Papatu Romano investiti fuerant.*

§. XX.

Egregius hanc in rem locus extat in Monzambani libro de *statu Imperii Roman. cap.* 3. §. 6. ubi omnia, quæ de jure & facto circa hanc ma-

materiam dici possunt, paucis complectitur, quem locum adeo non pigebit huc verbotenus transscribere: *Constat igitur, ab initio rei Christianæ eos, qui Episcopi vocantur, à reliquo clero & populo fidelium fuisse electos & constitutos. Post, circa seculum quartum, quum etiam Principes Christo nomina dare inciperent, passim invaluit consuetudo, ut, qui reipublicæ summa cum auctoritate praeessent, non temere paterentur aliquem ad Episcopatum adspirare, nisi accedente suo consensu. Scilicet quum intelligerent, quantum ad tranquillitatem reipublicæ faceret, bonos & pacificos viros sacra tractare. Atque idem jus etiam exercuere Reges Francorum, ut ii in suo regno essent Episcopi, quos ipsi suo suffragio constituissent. Et eandem potestatem usurparunt Imperatores Germanici, usque ad Henricum IV. quem Gregorius VII. & successores ob eam causam miris modis exagitarunt. Donec tandem tot turbis fessus ipsius filius Henricus V. anno 1122. in Comitiis Wormatiensibus renunciavit juri Episcopos constituendi & investiendi, id quod olim fiebat annulo & baculo: Imperatori remansit potestas electo Episcopo conferendi regalia & feuda Imperii, adhibito ritu tradendi sceptri. Quo ipso quantum detrimenti res Imperatoris ceperint, nemo non perspicit.* Conf. Puffend. Einleitung zur Historie *cap. 12. in fin. §. 20. cum toto seq §. 21.*

§. XXI.

Hæc de constitutione ministrorum ecclesiæ. Non minor vero debet Principum cura esse in regendis illis, qui jam constituti sunt. Illa autem cura, quamvis satis late se extendat, ad duo tamen capita commode potest revocari, quæ ex Justiniani Imperatoris effato, quod in principio Novellæ VI. extat, apparebunt: *Nos maximam habemus sollicitudinem 1. circa vera Dei dogmata, & 2. circa sacerdotum honestatem.* Nam decet præcipue summum Imperantem diligentissime inquirere, cum in doctrinam, tum in mores, vitia atque virtutes illorum, qui eximia quadam integritate, modestia & sanctitate vitæ eminere, ac gregi suo conspicuo debent esse exemplo. Ita enim in ipso Concilio Tridentino *Sess. 22. de reform. cap.* 1. legimus statutum: *Nihil est, quod alios magis ad pietatem & Dei cultum assidue instruat, quam eorum vita & exemplum, qui se divino ministerio dedicarunt. Quum enim à rebus seculi in altiorem locum sublati conspiciantur, in eos, tanquam speculum, reliqui*

oculos conjiciant, ex iisque sumunt, quod imitentur. Quapropter sic decet Clericos componere vitam, ut eorum actiones cunctis afferant venerationem.

§. XXII.

Quod si igitur hi minus virtuosi & inquinati criminibus fuerint, metuendum non immerito, ne cives moribus etiam fiant deteriores, & per consequens respublica minus beata, quæ tamen ut tranquilla & felix semper existat, Principi inprimis curæ cordique esse debet. Et hoc convenit tam rationi, quam voluntati divinæ, quam nobis Dei Apostolus explicat, dum propterea institutos Reges, ait, ut vitam quietam cives in omni honestate & pietate degere possent. Principis itaque officium est, bonos probosque quoslibet, tam Clericos, quam Laicos, protegere atque defendere; malos vero reprehendere, castigare atque punire, ut tum ipsi à vitiis atque malitia in posterum desistant, ac meliorem vitæ rationem ineant, tum reliqui periculum ex illis faciant, ac inde sapere discant. Quem in finem alibi Apostolus Paulus Magistratum vocat *ministram Dei*, quæ non frustra gladium gerit, sed tanquam vindex, in NB. *Omnes* (sine exceptione) male agentes. *Rom.* 13, *v.* 4.

§. XXIII.

Hæc vero cum absque vi & jurisdictione exsequi non semper possit Princeps; sequitur inde, tam naturali jure, quam revelato divino, ministros etiam verbi divini humano imperio subjectos esse. Id quod clarius adhuc patescet *ex cap.* 13. *v.* 1. *Epist. Pauli ad Rom. Quælibet anima* (πᾶσα ψυχὴ) *potestatem habentibus subjecta sit: nam nullus est Magistratus, nisi à Deo:* & 1. *Pet.* 2. *v.* 13. & 14. *Cuilibet humano imperio obedite, tam Regi, quam Præfectis ejus, idque Domini causa, ad vindictam malorum & virtutis laudem.* Ad priorem locum Chrysostomus ita commentatus est, referente Zieglero ad Lancellott. *pag.* 653. *Omnibus hæc præcipi, sacerdotibus & monachis, non tantum secularibus; statim in ipso proœmio declarat Apostolus, quum sic dicat, omnis anima potestatibus supereminentibus subjecta esto, & si Apostolus sive Evangelista, sive Propheta, sive quisquis tandem fuerit, neque enim potestatem subvertit ista subjectio.* Idem etiam Christus & Apostoli ejus, prout jam supra ex parte monuimus, re ipsa corroborarunt; Christus enim ad evitandum

dum omne ſcandalum vectigal pro ſe & diſcipulis ſuis ſolvi juſſit, Matth. 17, v. 27. Paulus vero provocavit ad Cæſarem in cauſis fidem & doctrinam concernentibus. vid. Act. Apoſtol. *cap.* 25, *v.* 10. non quidem eo animo, ut Cæſari poteſtatem de rebus fidei pro arbitrio ſtatuendi aſſereret; ſed ut Cæſar de quæſtione facti cognoſceret, utrum Apoſtolus contra fidei judaicæ dogmata peccaverit, an non?

§. XXIV.

Ergo, cum neque divinæ litteræ, neque dictamen rectæ rationis, neque indoles vel finis rerum publicarum permittant, ut quis miniſter eccleſiæ, quatenus ſimul membrum civitatis eſt, liber atque exemptus à poteſtate civili in republica vivat; jure meritoque exiſtimo, eccleſiæ miniſtros æque, ac alios cives, imperii legibus obligari, tam civilibus, quam eccleſiaſticis, & porro ſi contra leges quid admiſerint, vel ſi negligentes in munere ſuo obeundo fuerint, coërceri atque puniri eos poſſe. Hinc in *l.* 10. *C. de LL. & Conſtit. Princ.* dicitur: *Omnes legibus regantur, etiamſi ad divinam domum pertineant.* Ubi igitur aliud eſt receptum, ibi id tantummodo beneficio & nimia Principum indulgentia obtinere, manifeſtum eſt. vid. Brunn. in *J. Eccl. l.* 1. *c.* 2. §. 3. 4. *& ſeq.* Grot. *de J. S. P. circa S. cap.* 9. §. 17. in quo §. locum ex Politia Anglicana, apprime huc facientem, allegavit: *Eccleſiaſtica Jurisdictio plane Regia eſt, coronæ & dignitatis veſtræ Regiæ prima, præcipua, indiviſibilis pars: Eccleſiaſticæ leges Regiæ leges ſunt, neque alibi oriuntur, neque aliunde ſuſtentantur aut fulciuntur: penes eccleſiaſticos judices per Archi-Epiſcopos & Epiſcopos derivata à Regia poteſtate Jurisdictio eccleſiaſtica conſiſtit.*

§. XXV.

Quamcunque vero curam & ſollicitudinem Princeps in regenda & adminiſtranda republica ſua adhibeat, nulla tamen conſilia ipſi feliciter ſuccedent, niſi & undequaque bene circumſpiciat, ne Doctores illi eccleſiarum, ſub ſpecie religionis & articulorum fidei, falſa atque peſtilentiſſima dogmata, tam veræ pietati, quam tranquillitati publicæ adverſa atque contraria, divulgent, & in ſcholis atque eccleſiis introducant. Qualia ſunt; hæreticis non eſſe ſervandam fidem;

dem; Principem hæreticum impune posse occidi; in sacerdotes summo Imperio civili nullam esse potestatem; Papam posse instituere, & solio dejicere Reges; item, doctrinæ Jesuitarum de reservationibus mentalibus, & Anabaptistarum de non tolerando Magistratu civili; innumerabilesque aliæ, quæ vel jam inventæ sunt, vel adhuc quotidie à pravis mortalibus excogitantur, & ad posteros propagantur.

§. XXVI.

Quapropter non spernendum illud Hobbesii *de Cive cap.* 13. §. 8. *Sunt libri scripti à Romanis civibus florente Democratia, aut recens extincta, nec non à Græcis florente republica Atheniensi, tum præceptorum, tum exemplorum pleni, quibus ingenium vulgi Regibus suis infestum redditur, atque ob nullam aliam causam, quam quod ab hominibus perfidis perpetrata flagitia in illis libris laudari vident, nimirum regicidia, si modo Reges, antequam occidunt, tyrannos vocent. Verum ingenium vulgi corrumpitur adhuc magis à lectione librorum, & auditione concionantium eorum, qui regnum in regno, ecclesiasticum in civili esse volunt. Hinc enim pro Cassiis & Brutis oriuntur Ravalliaci & Clementes, qui cum Reges suos occidendo ambitioni inservirent alienæ, Deo se servire arbitrabantur.* Ita de eadem re Puffendorffius disserit *de O. H. ac C. lib.* 2. *cap.* 7. §. 8. *Cum singulorum actiones à sua cujusque opinione regantur; plerique autem de rebus ita soleant judicare, prout assueverunt, & prout communiter judicari vident; paucissimi proprio ingenio vera & honesta dispicere queant: inde civitati expedit, ut publice ejusmodi doctrinis personet, quæ cum recto fine & usu civitatum congruunt, simulque animi civium à puero istis imbuantur. Ejusmodi igitur doctrinas qui publice doceant, summi Imperii est constituere.*

§. XXVII.

Minime vero illud tam crude explicandum, ac si Principi liceat cultum Dei ad usum civitatis, aut regulas politicas formare, quo nomine quondam Puffendorffius à Josia Schwartzio, graviter quidem, sed falso incusatus est. Ejusmodi enim religionis mercimonium, quod ex recentioribus approbasse vulgo creditur Machiavellus, in profanis Ethnicorum Regibus prudentia videri posset, ut & propterea Numa Pompilius cum Ægeria Nympha se arcanos congressus, Lycurgus

gus vero & Scipio Africanus cum Apolline, aliisque Diis, Deabusve, mutua colloquia habuisse olim jactati sunt: *Christianos autem Principes ea decet sententia, amorem & timorem Dei T. O. Max. felicissimam esse gubernandi populos artem, neque sine ultimo scelere, nomine divino abuti licere, ad tegendas ambitionis & avaritiæ nefarias artes.* Forstnerus ad Tacit. *pag. m.* 69. Et iterum *pag.* 161. *Omni scelere major improbitas est, religione non alio fine uti, quam regnandi instrumento.*

§. XXVIII.

Tam impiam autem sententiam citato Puffendorffio, omni laude dignissimo, nunquam in mentem venisse, constat ex ejus *lib. 7. cap. 4. §. 8. de J. N. & G. ex Apolog. § 6. it. ex examine doctrin cap.* 6. ubi uberrime declarat, se non agere de religione, quatenus credenda tradit, nec statuere, Principem posse contra revelatam Dei voluntatem nonnulla præscribere, aut religionem ad arbitrium suum accommodare; sed se agere tantum de falsis doctrinis *ethicis & politicis*, quæ sub specie religionis alicubi obtruduntur, & ad exitiabiles morbos in republica producendos aptæ sunt. *Cultus vero Dei*, inquit in §. 6. *suæ Apologiæ, presse consideratus ex altiore principio est derivandus. Sed hoc dico: Nulla dogmata moralia, qualia omnem fere religionem comitantur contra jus naturale & sanam politicam pugnantia, sub specie religionis obtrusa, in civitate esse toleranda.* Recte igitur harum doctrinarum examen, & proscribendi eas potestas, Imperio civili tribuitur, idque absque ullo periculo veritatis aut justitiæ, cum nulla vera doctrina paci per se sit contraria; quæ vero illi repugnat, vera atque sana eo ipso esse desinit, nisi etiam pacem & concordiam dictamini rationis ac voluntati divinæ repugnantem dicamus.

§. XXIX.

Uti vero vana sine viribus voluntas, ita quoque propter pravitatem humani ingenii, quod in vetita semper nititur, & imperio reluctatur, leges supervacuæ videntur, nisi legislatori potestas competat, malum aliquod repræsentandi ac infligendi illis, qui contra tendere amant. Hinc & jurisprudentes duas perfectæ legis partes esse statuunt,

tuunt, vim ſcilicet directivam & coactivam, ſeu ſanctionem pœnalem, quam tamen utramque in legislatore, cui & cuſtodia & executio legum commiſſa eſt, conjunctam eſſe oportet. Principi igitur circa ſacra non ſolum omnis adminiſtratio, & facultas in utilitatem reipublicæ dirigendi actiones Clericorum per promulgatas leges, ſed pleniſſimum imperium in quoscunque competit, quod facultatem coercendi immorigeros ac ſegnes utique comprehendit, cum concesso jure, media quoque hoc jus tuendi concesſa ſimul cenſeri debeant. Pariſienſis verba de eo ſunt hæc in *tract. de poteſt. Reg. & Pap. cap.* 21. *Licitum eſt Principi, abuſum gladii ſpiritualis repellere eo modo, quo poteſt, etiam per gladium materialem, præcipue, ubi uſus gladii ſpiritualis vergit in malum reipubl. cujus cura Regi incumbit, aliter enim gladium ſine cauſa portat.* Neque duntaxat hoc poterit ſumma Poteſtas per modum pœnæ, ſed etiam per modum cautionis, puta ſi paſtor à plebe rapiatur in materiam tumultus, quod forte ſine crimine ejus accidere poteſt; niſi enim hoc non poſſet ſumma poteſtas, reſpubl. ad tuendam ſecuritatem ſuam ſibi non eſſet *αὐτάρκης*. Grot. *de J. S. P. circa ſacra cap.* 10. §. 33. Conf. Ziegl. *de Jur. Maj. lib.* 1. *cap.* 18. §. 5.

§. XXX.

Quales autem pœnæ ſingulis caſibus ſumendæ ſint, neque Jus Naturæ, neque ſacra Scriptura determinant, ſed definiendas illas humanæ poteſtati relinquunt, ut pro levitate aut gravitate delictorum, Princeps poſſit reos, judicio arbitrioque ſuo, vel ad tempus, vel in perpetuum, ab officio ſuſpendere, vel carceri mancipare, aut mulcta afficere, aut omnino denique capite plectere, de quibus hic fuſius agendi locus non eſt.

CAP. II.

De Foro Competente & Subjectione Clericorum ſub Poteſtate civili, non admiſſa in Jure Canonico.

SUMMARIA.

Connexio hujus cum præcedenti capite §. 1. *Differentia Jur. Can. à Jure Div. in præſenti materia, quod ſcil. Jus Can. in una eademque civitate*

Digitized by Google

duo S. Imperia admittat. §. II. quodque imperium ecclesiasticum superius sit civili, ejusque ratio. §. III. Idem approbatum in J. Sax. §. IV. ex quibus colligitur, Jus Canonicum Juri Div. in eo adversari; & subjicitur dispositio hujus capitis. §. V. De charitatis judicio primitivæ ecclesiæ §. VI. Non improbavit D. Paulus magistratum civilem, sed commendavit saltem amicabilem compositionem, §. VII. quam primis temporibus etiam servavit ecclesia. §. VIII. De origine Audientiæ Episcopalis. §. IX. X. & XI. De origine atque incrementis imperii Papalis. §. XII. & XIII. De tyrannide Hildebrandi Papæ, aliorumque Pontificum. §. XIV. -- XVI. De fraudibus & machinationibus Pontificum, quibus sibi imperium compararunt. §. XVI. & XVII. Recensentur principia Jur. Can. ad firmandum Papale regimen adapta. § XIIX. Conclusiones inde eliciuntur, præcipue vero illa, quod Papa, tanquam S. Legislator totius terrarum orbis, legibus suis Clericos à civ. potestate exemerit. §. XIX. & XXI. Papa sub nomine servi servorum dominus dominantium esse cupit. §. XX.

§. I.

PErspecto itaque tam naturali, quam positivo divino jure, quibus unica tantum datur in qualibet republica summa potestas, cui omnes in civitate existentes, sive Clerici sint, sive aliæ personæ seculares, subesse, eique non modo, sed & inferiori magistratui, à summo Imperio constituto, parere atque obedire tenentur; ulterius jam investigandum erit, in quantum illi juri decreta Conciliorum atque Pontificum, quæ nobis in Corpore Juris Canonici exhibentur, vel conveniant, vel ab eo discrepent.

§. II.

Magnum autem inter hoc & dicta jura divina versari discrimen deprehendimus, dum Jus Canonicum valde in eo à vero justi, rectæque rationis, ac voluntatis divinæ tramite recessit, quod ministros verbi divini una cum familiis suis à seculari Jurisdictione eximat, per *cap. 12. X. de for. compet.* eoque duplex in una civitate summum Imperium, & civile & ecclesiasticum, introducat, vid. §. 5. *cum seq. capit. 1.* it. *can. 10. dist. 96.* & Lancell. *in Institut. Jur. Can.* qui hanc duplicem potestatem ita exponit, *lib. 3. tit. 1. §. 2. --- Duo autem sunt,* in-

inquit, *quibus principaliter orbis regitur, auctoritas sacra Pontificum, & Imperialis ac Regia potestas. Unde, sicut civilium legum non nisi civilis debet esse executor, ita etiam ecclesiasticarum ecclesiasticus judex est administrator.* Atque hic quidem satis adhuc modeste.

§. III.

Alii Pontificiorum videntur esse paulo impudentiores; non enim contenti sunt hac nuda exemtione ac liberatione Clericorum à judicio civili, sed inaudito atque intolerabili quodam fastu adstruere haud verentur: Duas non modo inveniri summas in qualibet republica potestates, ecclesiasticam scil. & laicam, sed hanc quoque *eminenter* & *virtualiter* contineri in illa ecclesiastica, & sicut aurum superat plumbum, *dicunt*, altitudine suæ quidditatis seu essentiæ, ita potestatem ecclesiasticam superare mere laicam sua essentia & eminentia, & eminenter continere illam; sicuti etiam anima dominatur corpori, ita ecclesiam dominari debere politiæ. Bellarm. *c. 6. l. 5. de Roman. Pontific.* Conf. Ziegler. *ad Lancell. lib. 3. cap. 1. §. 2. ad verba: Duo enim sunt.* Nec ipsum pudet Innocentium III. Papam huic sententiæ suffragari *in Cap. 6. X. de major. & obedient. Sed Pontifex in spiritualibus antecellit; quæ tanto sunt temporalibus digniora, quanto anima præfertur corpori.* Idemque rationem hujus regiminis Papalis addendo in eodem cap. ita pergit: *Fecit Deus duo magna luminaria in firmamento cæli; luminare majus, ut præesset diei, & luminare minus, ut præesset nocti: utrumque magnum, sed alterum majus: Ad firmamentum igitur cæli, hoc est, universalis ecclesiæ, fecit Deus duo magna luminaria, id est, duas instituit dignitates, quæ sunt Pontificialis auctoritas, & Regia potestas. Sed illa, quæ præest diebus, id est, spiritualibus, major est, quæ vero carnalibus, minor: ut quanta est inter Solem & Lunam, tanta inter Pontifices & Reges differentia cognoscatur.*

§. IV.

Vetus jus Saxonicum eodem modo divisit S. Imperium, & vocavit hancce duplicem potestatem duos gladios, quorum alter ad Pontificem, alter vero ad Imperatorem pertineret. vid. Spec. Saxon. *lib. 1, art. 1.* Nec mirum illud, cum compilator ejus Pontificiæ doctrinæ addictus, ac præceptis institutisque Juris Papalis edoctus, multa,

quæ in Jure Can. reperiuntur, huic Speculo inseruerit. Quare dubitandum non est, quin ex eodem fonte hanc hauserit divisionem, præsertim vero apparebit illud, si *Extravag. commun. Unum sanctam.* inspiciamus: *In hac ejusque potestate duos esse gladios &c.* & glossam in *cap. Venerabilem. de Elect.* ad verba: *superiorem. Papa est super omnes & consequenter etiam supra Imperatorem. Christi crux antecellit Cæsaris aquilas; gladius Petri gladio Constantini, & Apostolica sedes præjudicat Imperatoriæ potestati.*

§. V.

Cum igitur cognoscamus, constitutiones hasce Pontificum, & Canones illos Patrum sanctorum, quibus sibi magno conatu ac elato supercilio imperium aliquod tribuunt, juri divino naturali ac positivo è diametro, ut ita loquar, oppositos esse; jam operæ pretium erit, paucis adhuc præsenti capite, tum in originem atque progressum & exemptionis & imperii clericalis, tum in effectus & iniquitatem ejus indagare.

§. VI.

Principio in ecclesia Christiana, seu cœtu fidelium, nulla plane differentia erat inter Clericos & Laicos, adeoque nullum propterea distinctum judicium, ecclesiasticum & seculare necessarium erat; sed omnes indistincte, in externis ac publicis rebus suis, obtemperabant magistratibus, paganis, duris, & nimium sæpius in ipsos sævientibus. Cæterum privatim sese omnes uno quasi nomine appellabant fratres & sorores, omniumque una erat voluntas & anima, testante S. Scriptura, Act. *cap.* 4. *vs.* 32. ex quo etiam notissima illa communio bonorum orta est, quæ nullas fere lites ab initio admittebat. Memores enim divini præcepti, de dilectione aliorum, quod toties Christus, tamque serio discipulis suis inculcaverat, omnes eo tempore Christiani ardenti adhuc amore, pietateque mutuò sese complectebantur, quo fiebat, ut illatas injurias, offensasque vel lubenter sibi invicem condonarent, vel absque ulla contradictione in laudo atque arbitrio reliquorum fratrum & fidelium acquiescerent; atque hoc pacto facili admodum negotio tunc omnes lites atque controversiæ compositæ sunt. Ad quam consuetudinem respiciens D. Paulus eos reprehen-

prehendit, qui malebant judicari à paganis, quam ab ecclesia, jussitque, ut in posterum potius omnes quæstiones ancipites atque difficiles judicio, vel totius ecclesiæ, vel quorundam fidelium, submitterent rixasque, forsan exortas, à fratribus ita dirimi paterentur. *Numne est inter vos sapiens quispiam, qui possit judicare inter fratres? ad opprobrium vestrum illa profero, aut nescitis, nos judicaturos esse ipsos Angelos, quanto magis hæc terrena atque secularia?* Paul. 1. *Corinth.* 6.

§. VII.

Monenda vero hic nonnulla sunt, ne quis perverso Pontificiorum more concludat, ac si hic Apostolus Paulus civili magistratui potestatem judicandi de Clericis, eorumque causis ademerit. Iste enim locus non solum de Clericis, sive, ministris verbi divini, sed de interna ecclesia, & sic de Laicis quoque agit: deinde etiam jubet Apostolus, omnes contentiones *privatim* (non ergo *per modum processus*) inter fideles dirimi ac tolli, ne in vulgus exeant atque erumpant, & ne impii Judæi ac gentiles, ut tunc solebant, calumniandi invehendique vehementer in conversos occasionem inde arripiant.

§. VIII.

Hunc morem deinceps in decidendis dubiis quæstionibus servavit semper ecclesia, ac propterea Clemens *in Epist. ad Jacobum* Roma Hierosolymam anno 68. ita scribit: *Si qui ex fratribus negotia habent inter se, apud cognitores seculi non judicentur, sed apud Presbyteros ecclesiæ, quicquid illud est, dirimatur, & omni modo obediatur statutis eorum.* vid. *Can.* 32. *cap.* 11. *qu.* 1. Marcellinus *in Epist.* 2. *Quæcunque contentiones inter Christianos ortæ fuerint, ad ecclesiam deferantur.* Episcopi, tanquam proceres & antistites ecclesiæ, cognitioni huic præerant, magis tamen, ut Tacitus de Ducibus veterum Germanorum refert, auctoritate suadendi, quam imperandi, & magis ex arbitrio atque compromisso disceptantium, quam divino præcepto, quod Hieronym. *in Comment. ad Titum. cap.* 1. confirmat: *Noverint Episcopi, se magis consuetudine, quam dispositionis dominicæ veritate Presbyteris esse superiores.* Imo, antiquus ille ecclesiæ modus tollendi controversias amicabilis quædam compositio erat, violenta enim media non habebat, adigendi ac compellendi renitentes ad obsequium, si qui forsan sententiæ latæ ultro morem gerere recusabant.

§. IX.

Sed cum postea ipsi Principes & Imperatores Christianæ religioni nomina sua dedissent, subito factum est fervore nimio religionis seu potius superstitione, ut Constantini, Marciani, Justiniani ac reliquorum imperio, clerici tum in genere varia privilegia multasque immunitates, & à Jurisdictione seculari, & ab oneribus publicis, tum Episcopi in specie Jurisdictionis veræ speciem impetraverint, quæ Episcopalis Audientia dicitur, de qua integer titulus in Codice nostro Justinianeo extat. Hinc ait Nicephor. *lib. 7. Eccl. hist. cap. 46. Permisit Constantinus clericos immunes ac liberos, lege lata Episcopis dedit Jurisdictionem, & super clericos, & super laicos, tanquam delegatis suis, si quidam civilium judicum cognitionem declinare voluissent, & libertatem ecclesiæ lege lata concessit.* Et de Jurisdictione Episcopali Sozomenus *lib. 1. hist. cap. 9.* hanc sententiam legis Constantinianeæ commemorat: *ut liceret litigantibus Episcoporum judicum invocare, neglectis, si vellent, civilibus magistratibus, & ut sententia eorum rata esset, & potioris auctoritatis, quam aliorum judicum, atque si ab ipso Imperatore prolata fuisset, utque judices, seu magistratus, iisque ministrantes apparitores judicata ab his executioni traderent.* Conf. *l. 25. pr. C. de Episc. & Cler. L. 1. & auth. Item nulla; cum auth. Statuimus. C. eodem: nec non l. 7. & 8. C. de Episc. Audient.*

§. X.

Egregie de eo, quod hactenus asserui, differit Petrus Suavis in *historia Conc. Trid. lib. 4.* postquam enim multa de judiciis charitatis primitivæ ecclesiæ graviter enarravit, ita pergit: *Fecit Episcoporum id temporis probitas & charitas, ut in illorum opinione prope omnes acquiescerent, paulatimque ecclesiæ causam dedit, postquam charitas illius refrixerat, & munus à Christo illi impositum negligenter administrari cœperat, curam omnem in Episcopum conjiciendi, ambitio autem, affectus admodum subtilis, & animum umbra specieque virtutis sese insinuare aptus, persuasit Episcopis obviis eam ulnis amplexari. Verum isthæc mutatio ad summum non pervenit, nisi posteaquam à persecutionibus cessatum esset. Tunc enim Episcopi veluti tribunal sibi erexerunt, quod litigandi causis, una cum accessione facultatum temporalium auctis, evasit subito frequentissimum. Et judicii forma, quamvis non eadem erat cum veteri illa, qua de ecclesiæ assensu*

Digitized by

ſenſu omnia ſtatuebantur, eandem tamen retinuit ſinceritatem. Unde Conſtantinus Imperator, explorato hujus judicii in controverſiis terminandis fructu, quantumque poſſet vis religionis in capturis & fraudibus actionum detegendis, quas judices deprehendere non poterant, legem ſanxit, ut à ſententia Epiſcoporum provocatio non eſſet, easque judices exſequerentur. Quin imo, lite coram judice ſeculari pendente, quicunque eſſet cauſæ ſtatus, ſi alterutra pars, altera licet obluctante, Epiſcopum ſibi judicem depoſceret, illico ad ejus cognitionem lis utique referretur. Exinde judicium Epiſcopi cœpit eſſe forenſe, & quum magiſtratum haberet ſententiæ executorem, Jurisdictionis epiſcopalis, item Audientiæ epiſcopalis, & ſimilium titulorum nomina ſibi vindicare. Et paulo inferius: *Hiſce gradibus, quæ charitatis intuitu à Chriſto primum inſtituta correctio, in dominationem vertit, &c.*

§. XI.

Ex quibus omnibus tandem colligimus, exemptionem Clericorum & epiſcopalem Jurisdictionem, primariam cauſam & originem ſuam debere Conſtantino Imperatori. Qualemcunque vero ille libertatem Clericis & ecleſiis conceſſerit, nihilominus tamen ſibi, & ſucceſſoribus ſuis ſummam reipubl. poteſtatem, tam in ſacris, quam in ſecularibus reſervavit, uti latius demonſtravit Schilt. *in Comment. de libertat. Eccl, Germ. lib. 1. cap. 6. §. 3. ſeq.* Heidegg. *in Hiſt. Papat. period. 2. §. 16.*

§. XII.

Imperio autem ſubſequentium Imperatorum nova ac majora in dies incrementa hæc exemptio atque poteſtas ſumſit, idque partim ſuperſtitione ac barbarie illorum ſeculorum, partim etiam peculiari quadam ac mirifica benignitate & liberalitate Imperantium in omnes Clericos, qui non ſolum multas immunitates, multamque pecuniam, ſed integras quoque ditiones & provincias in illos transtulerunt. Quo facto, experientia hic comprobatum eſt, quod in communi alias proverbio dici ſolet: *Opes & honores mutant mores*; Inflati enim eminenti & ampliſſima dignitate ac potentia ſua, noluerunt amplius Epiſcopi, ac inprimis Romani, Imperium Principum atque Imperatorum, ut ſuperius, ferre atque agnoſcere, ſed pedetentim & ſupra illud intole-

tolerabili quadam insolentia atque superbia tumidum caput extulerunt. Quam ob causam eos merito etiam, ut ingratissimos, insimulavit Monzambano *in tr. de Statu Imperii Germ. cap. 3. §. 12. Enimvero, prout id genus hominum Imperii in alios avidissimum, ceterorum in se potestatem ægerrime suevit ferre; ita hoc unum ad perfectam felicitatem deesse videbatur, quod in Imperatoris manu foret, tam luculenta beneficia distribuere, cui eam ob causam peculiariter obstricti cogebantur vivere. Ni sanctissimi ordinis reverentia obstaret, improbissimos mortalium dicerem, qui munificentia Imperatorum, uti eventus ostendit, valde inconsulta, ad destruendum fastigium Imperatorium sunt abusi. Nec libertate dignum putaverim, qui manumissorem in patroni loco colere adspernatur.*

§. XIII.

Ut autem finem suum eo felicius assequerentur, multas vafritia atque calliditate splendidissimas invenere fraudes & artes, quibus improvidas, ignaras & minus perspicaces hominum mentes turpiter fefellerunt, dum se nominarunt successores Petri, cujus verba tanquam divina & irreprehensibilia accipienda: hinc inquit Agatho Papa *distinct. can. 2. Sic omnes Apostolicæ sedis sanctiones accipiendæ sunt, tanquam ipsius divini Petri voce firmatæ sint.* Et Nicolaus Pontifex semetipsum cum Deo comparat, *can. 7. dist. 96.* adeoque se à nemine judicari posse, arbitratur: *Satis evidenter ostenditur, à seculari potestate nec ligari prorsus, nec solvi posse Pontificem, quem constat à pio Principe Constantino Deum appellatum: nec posse Deum ab hominibus judicari manifestum est.* Gregorius VII. Hildebrandi nomine alias notus, *can. 9. dist. ead.* hoc aliis cum similibus illustrare, certiusque reddere cupit: *Quis dubitet enim*, ait, *sacerdotes Christi Regum & Principum omniumque patres & magistros censeri? Nonne miserabilis insaniæ esse cognoscitur, si filius patrem, discipulus magistrum sibi conetur subjugare, & iniquis obligationibus illum suæ potestati subjicere, à quo credit non solum in terra, sed etiam in cælis se ligari posse & solvi.* Conf. *can. 10. 4. & 5. dist. ead.*

§. XIV.

Cum hujus Gregorii VII. mentionem fecerim, silentio prætermittendum non est, quod notanter de eo Heidegg. *in hist. Papat. period. 4. §. 79.* scribit, apprime enim huc illud facit; *Comprimis vero,* inquit,

inquit, *Papatus Gregorii VII. Hildebrandi vulgo dicti, Pontificium Regum, depressa Majestate Imperatoria, ad ἀκμὴν strenue perduxit.* Et certe mirabile dictu atque auditu est, ad quale culmen & fastigium eo temporis progressa fuerit rabies illa Pontificum Romanorum; qui enim omni pietate & obsequio Imperatorem, tanquam Patronum & Defensorem ecclesiæ, colere & prosequi debebant, hi eundem stupenda sane nequitia ac tyrannide, sine ulla justa causa, mirum in modum exagitarunt; quodque nullo jure, neque divino, neque humano, iis datum erat, hoc sibi arrogarunt, falso colore & titulo zeli divini, dum Imperatores ac Reges excommunicarunt, regno & imperio spoliarunt, idque inaudito exemplo tradiderunt alii, quem magis crediderunt causæ suæ & improbitati favere.

§. XV.

Sic de eodem Gregorio VII. in historiis proditum est, eum ob frivolas plane causas, & de quibus cognitio penitus ad Pontificem non pertinet, exclusisse non solum Henricum IV. Imperatorem è gremio ecclesiæ, sed omni quoque imperio eum interdixisse. Cumque superstitiosa tunc Germanorum gens, veluti attonita hoc anathematis fulmine, & perculsa ejus terrore, repente ab eo desciverit; eo tandem adactus est, ut in Italiam proficisci, ibique à Pontifice, qui tunc Canusii vivebat, reconciliationem & sublationem Banni petere, sibi consultum ratus est. Consequi vero prius illud non potuit, quam donec sine calceis sæviente hyeme, jejunus usque ad vesperam, forfices & scopas in manibus habens, Romani Pontificis sententiam gratiamque præpostulabat, & tonsura verberibusque se dignum profitebatur. Lehman. *in Chron. Spir. lib.* 5. *cap.* 33. Bruno *de bello Sax. ad An.* 1076. Heidegg. *in Hist. Papat. period.* 4. §. 80. Ast nihilominus postea Status Imperii idem Papa incitavit, ut Rudolphum Sueviæ & Burgundiæ Ducem, contra hunc Henricum, Imperatorem sibi eligerent, quo facto, illi coronam cum hac inscriptione misit:

Petra dedit Petro, Petrus diadema Rudolpho.

Nec Fridericus I. ante calamitatum finem vidit, cum Venetiis procumberet ad pedes Adriani III. ac collum suum conculcandum ei præberet. Wagenseil. *de Imperat. XI. & XII. Secul.*

§. XVI.

Plura quidem adhuc exempla in testimonium detestandæ hujus superbiæ clericalis adduci possent, si id mihi angusti dissertationis fines permitterent. Merentur interim verba Arnisæi, quæ in libro ejus *de subjectione & exemtione clericorum* extant. *cap.* 8 §. 9. ut hic inferantur: *Propterea*, inquit, *primus Henricus IV. expertus est tyrannidem Pontificiam, quæ, ut semel viam sibi facere ausa fuit, instar rapidi torrentis, in successores quoscunque grassari perrexit, alios ad tempus saltem demergens, alios prorsus voragine infida absorbens. Ita enim tractati & excepti sunt Fridericus I. ab Adriano IV. & Alexandro III. Henricus V. à Paschali II. Fridericus II. à Gregorio IX. & Innocentio IV. Conradus IV. ab eodem; Ludovicus IV. à Clemente & Joanne XXII.* Inprimis vero observanda sunt verba, quæ sequuntur: *In quibus abdicandis quum Papæ viderent suam potestatem contemtui futuram fuisse, nisi terrorem religionis admiscuissent, ita se gesserunt, ut sub specie religionis, non vi potestatis politicæ, regno spoliati viderentur, quo sophismate non tantum contra Imperatores, in quos peculiare quoddam jus sibi vendicarant, sed ceteros Monarchas usi sunt.* Hoc sane genus mortalium iniquissimum est ac perniciosissimum quod pietatis nomine adhuc abutitur ad celandam fraudem & malitiam suam, in quos perfecte quadrat, quod Cicero *lib.* 1. *de offic. cap.* 13. in genere de injustitia asserit, totius injustitiæ nullam esse capitaliorem, quam eorum, qui, dum maxime fallunt, id tamen agunt, ut viri boni esse videantur. Conf. §. 27 *praced. cap.*

§. XVII.

Cum vero sagacissimi illi mortalium optime animadverterent nihil profanis suis conatibus magis obstare, quam verbi divini Majestatem, quod tam sedulo Imperantibus obediri præcipit, ac deinde etiam legum humanarum auctoritatem: ergo hanc ingressi sunt viam, ut Cæsareo Juri Jus Pontificium, divino vero Theologiam scholasticam opponerent, ac ita utrumque illud gravissimum præsidium labefactarent & converterent. Heidegg. *in Hist. Papat. period.* 4. §. 95. *seq.* Hisce itaque mediis felicius, quam justius, ad eum, quo tendebant, finem pervenerunt Pontifices: prohibita enim lectione

sacræ

sacræ Scripturæ, & introducta Philosophia ac Theologia scholastica à Doctoribus & parentibus ejus, Lanfranco, Anshelmo, Hugone de S. Victore, nec non à Magistro illo sententiarum P. Lombardo, *ecclesia Christi allegari cœpit ecclesia Papæ, & ecclesia universalis catholica restricta est ad ecclesiam particularem Romanam, quæ non amplius verbum Dei, sed decreta Papæ & figmenta hominum professa est. Nec libertati evangelicæ aliquid relictum, sed paulatim subjecta omnia sunt servituti Pontificiæ, ut à Scriptura, quam à decretis Papæ, recedere tutius longe fuerit.* Heidegg. *cit.* l. §. 98. Schilt. *in Comment. de libert. eccl. germ. lib. 4. cap. 3. §. 16.* Et sic tandem stabilitum atque firmatum est regnum tenebrarum.

§. XVIII.

Jure vero Pontificio omnia summa imis mixta, & communis salus propter utilitatem unius ordinis, vel hominum quorundam in publicam perniciem & calamitatem commutata est. Postquam enim semel Papa *Can. 7. dist.* 96. superba Anti-Christi voce se dixerat Deum, conf. Ziegl. *ad Lancell. lib. 2. tit.* 16. §. 6. *ad verba: Non jam humana*, qui à nemine posset judicari aut redargui, etiamsi innumerabiles populos catervatim secum ducat in gehennam; quia cunctos ipse judicaturus, à nemine judicandus est, *per can. 6. dist.* 40. Conf. *can.* 13. *Nemo. can.* 14. *Aliorum. can.* 17. *cuncta. Can. 9. qu.* 3. it. *gloss. ad extravag. Joann. XXII. de V. S.* quæ Papam *Dominum Deum nostrum* impie vocat; & quia denique Christus beato æternæ vitæ clavigero terreni simul & cœlestis imperii commisit, per *Can. 1. omnes dist.* 22. Sequitur omnino ex hac egregia Anti-Christi doctrina, Imperatorem & omnes Principes ac Reges subesse debere Papæ ejusque potestati, quia Dei Christique vices in hac terra gerit, *per can.* 10. *Duo sunt. Can.* 12. *Numquam. dist.* 96. *Cap. Omnes* 14. *Cap. Sollicitæ.* 6. *X. de major. & obedient. Extravag. Commun. Unam sanctam. lib. 1. tit. 8. Oportet autem gladium esse sub gladio, & temporalem auctoritatem spirituali subjici potestati.* Nec causam ejus è longinquo arcessere opus est; Est enim Pontifex causa causarum, unde non est de ejus potestate inquirendum, cum primæ causæ nulla sit causa. Lancell. *lib. 1. cap. 1. de Imper.* §. 1. *de ornat. corp. Imp. vs. coronam. qu. 2. n.* 8. Impudentissimus Papæ assentator Marta Neapolitanus *in præf. tr. de Jurisdictione ad Paulum V.* Pontificem hanc causam allegat: *Tu es Vicarius Dei in terris, à quo emanat*

nat omnis Jurisdictio, unicus in orbe Pontifex, Imperator & Rex omnium Principum superior, rerum & personarum supremus dominus &c. Conf. Ludov. Engel. *Colleg. Jur. Can. tit. de major. & obedient.* §. 1. *de Summo Pontif.*

§. XIX.

Ex hoc igitur principio, quod omnis potestas civilis Pontifici subjecta, adeoque Reges & Principes non nisi Magistratus sint, subditi nutui Paparum, & ab eo dependentes, fluunt porro aliæ doctrinæ Juris Canonici, Papam scilicet

1. Posse annulare pacta atque conventiones Principum, si absque consensu ejus, vel ratihabitione fuerint celebratæ, quod superiori seculo denuo quidem, sed frustra tentavit Papa contra Instrumentum Pacis Osnabruggensis; vid. Instrum. Cæsar. Suec. *art.* 5. §. 1. & *art.* 17. §. 1. quibus protestatio Papalis pro inani & nihili publice declarata. Conf. Ziegl. *de Jur. Maj. lib.* 1. *cap.* 5. §. 20.

2. Posse Papam, tanquam supremum omnium legislatorem, dispensare in omnibus legibus humanis. *C.* 20. *innotuit, X. de Elect.* Imo & in divinis, uti multoties fecerunt Pontifices, dispensando circa matrimonia jure divino prohibita, vid. Carpz. *Jurispr. Consist. lib.* 2. *tit.* 7. *def.* 109. *num.* 2. & 3. quam iniquitatem ipse Pontifex Urbanus agnovit *in Can.* 6. *Sunt quidam Cau.* 25. *qu.* 1. Conf. Ziegler. *de Jur. Maj. lib.* 1. *cap.* 7. §. 6. Engel. *in Colleg. Jur. Can. cit. l. n.* 8.

3. Posse Papam juramenta relaxare, per *Can.* 4. *Nos sanctorum.* & *Can.* 5. *Juratos. Cau.* 15. *qu.* 6. ita subditos etiam ac milites à sacramento fidelitatis & subjectionis, legitime præstito, sæpius absolvit.

4. Posse Papam leges ferre ea cum conditione, ut ab omnibus observentur, per *Can.* 4. *Enimvero. dist.* 19. etiamsi jugum imponat, quod vix ferendum, per *Can.* 3. *In memoriam. dist. ead.* Et hac potestate ferendi leges per universum terrarum orbem, quam sibi vindicant Pontifices, exemerunt illi non solum Clericos à potestate civili, absque ullo consensu Principum secularium, vid. Menoch. *de Jurisdictione lib.* 1. *cap.* 17. sed prohibuerunt simul quoque, statutis variis pœnis, ne vel Laicus vel Clericus alium Clericum ad forum seculare trahat, sive civiliter, sive criminaliter agat, per *Can.* 8. *Nullus Episcopus. Can.* 1. *Nemo C.* 3. *Clericum. C.* 6. *Nullus clericus. C.* 14. *Relatum*

tum est. C. 17. Clericum. C. 42. Inolita. C. 43. Placuit. Cau. 11. qu. 1. Nec Clerici quidem ipsi huic beneficio ac privilegio fori possunt renunciare, cum non sit beneficium personale, cui partes pro lubitu resignare valeant, sed potius toti collegio ecclesiastico indultum, cui neque privatorum pacto, neque juramento derogari potest. vid. *Cap. 12. Si diligenti X. de for. comp. cap. 18. Significasti. eod.*

§. XX.

Uti vero hasce constitutiones omnes Pontifices, cum ad auctoritatem & tyrannidem suam stabiliendam, tum ad subvertendam potestatem civilem, condiderunt. vid. Ziegl. *in Not. ad Lancell. Instit. Jur. Can. pag.* 97. 564. 652. ita utique verum est, quod dixit Joan. Faber *in præf. ad Instit.* Papa, qui se verbis dicit servum servorum, de facto se adorari permittit, & Regiam potestatem usurpat.

§. XXI.

Plures adhuc quidem effectus imperii Papalis enumerare possem, v. g. de concurrente Jurisdictione in omnium territoriis ac Diœcesibus, mediante qua, omissis inferioribus Judicibus, per saltum quasi appellationes ad Papam dirigi possunt, per *Can. 4. Si quis. & seq. Can. 5. 6. 7. &c. Cau. 2. qu. 7.* vide celeberrimi Dni Schneideri disputationem, defensam ante triennium à me sub præsidio ejus, *de Promotionibus per saltum, cap.* 1. §. 11. De reliquis conf. Corvin. J. *Can. lib. 1. tit. 3. §. 6.* Sed cum jam ad sequentia progrediendum sit, breviter hæc de perversa Pontificum ac Pontificiorum doctrina, ratione fori competentis Clericorum, & subjectionis in dominationem & imperium mutatæ, ex Jure Canonico, & quantum licuerit, ex historia adduxisse sufficiant.

CAP. III.

De Foro competente & subjectione Clericorum sub Potestate Civili in terris Principum evangelicorum.

SUMMARIA.

Papa in terris Protestantium nihil juris habet in sacris. §. I. hinc ipsi Principes protestantes jus circa sacra exercent; exemerunt tamen ex

beneplacito Clericos à Iurisdictione judicum inferiorum. §. *II. & VI. non ex praecepto quodam divino, ac refutantur contrariae rationes.* §. *III. & IV. Principes evangelici non sustinent duas personas, Episcopi scil. & Imperantis, sed unicam, S. scil. Principis.* §. *IV. Ius Civile & Canonicum nos tantum obligat ex receptione & consuetudine.* §. *V. Dividitur forum Clericorum in privilegiatum & commune.* §. *VI. Privilegiato foro regulariter gaudent Clerici in omnibus negotiis; communi autem, si de statu clericali dubitetur.* §. *VII. aut, si Clericus actor sit, ubi simul agitur de foro Clericorum in concursu creditorum, it. in causa diffamationis.* §. *VIII. Quaeritur an citatio, in foro diffamationis emissa, praeventionem in ipso negotio principali inducat?* §. *IX. De foro Clericorum in casu evictionis.* §. *X. de foro Clericorum in causa gestae administrationis.* §. *XI. Quid, si Clericus Laico in lite succedat?* §. *XII. de foro Clericorum in causis possessoriis.* §. *XIII. Clericus aufugiens à seculari judice deprehendi potest.* § *XIV. de foro contractus Clericorum.* §. *XV. de foro reisitae Clericorum.* §. *XVI. de foro feudali Clericorum.* §. *XVII. de foro continentiae causarum.* §. *XVIII. de foro prorogatae Iurisdictionis, it. de foro voluntario arbitrorum ex compromisso* §. *XIX. & XX. de foro delicti Clericorum.* §. *XXI. de foro cambiali.* §. *XXII. Conclusio.* §. *XXIII.*

§. I.

QUamvis in proxime superiori Capite ex principiis Juris Can. & scriptorum ecclesiae Romanae deduxerim, Papam sibi soli supremam circa sacra potestatem in toto terrarum orbe vindicare, vid. Barbos. *de Iur. eccl. lib.* 1. *cap.* 2. Dn. Linck. *de Iur. Episc. cap. ult. n.* 97. & 98. & per consequens Clericos potestati civili plane velle exemptos esse; in terris Principum Protestantium tamen nihil juris, neque in sacris, neque in profanis negotiis amplius habet Praesul ille. Postquam enim per transactionem Passaviensem de An. 1552. & subsecutam religionis pacificationem, juxta Recessum Imperii de An. 1555. §. 20. nec non per Instrumentum Pacis Westphalicae, ecclesiastica Pontificum Romanorum Jurisdictio in provinciis ac ditionibus Augustanae confessioni addictorum suspensa est: restitutum eo ipso omne Jus Sacrorum Imperantibus fuit, ac tota illa res rediit ad simplicitatem juris naturalis, ita ut cujus sit regio, ejus quoque sit religio ac dispositio circa sacra & externa cultus divini; vid. *art.* 5. §. 1. *Instrum. Pacis*

Caesareo-

Cæsareo-Suec. Vitriar. illustrat. *lib.* 3. *tit.* 19. §. 28. *seq.* Reinking. *de regim. sec. & eccles. lib.* 3. *class.* 1. *cap.* 10. §. 1. Brunn. *in Jur. eccl. lib.* 1. *cap.* 2. §. 9.

§. II.

Liberrime itaque Principes nostri, vi superioritatis territorialis in territoriis suis leges præscribunt tam Clericis, quam Laicis, & illis æque ac his certum forum constituunt, in quo, si opus est, conveniri possint. Quamvis etiam Jure divino nequaquam Imperantibus prohibitum sit, Clericos, tum ratione personarum, tum ratione rerum atque causarum, inferioribus etiam Magistratibus subjicere; invaluit tamen generali fere consuetudine Principum ac Statuum Protestantium, ut ab inferiorum judicum cognitione Clerici sint exempti, ac peculiari foro privilegiato gaudeant, quod Doctores judicium ecclesiasticum, das geistliche Gerichte, sive, Consistorium vocant, Conf. Brunn. *in Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 1. Gylman. *in Symphorem. Tom.* 1. *part.* 1. *tit.* 3. *n.* 8. *vs. movet me.* Ziegl. *de jur. Majestat. lib.* 1. *cap.* 19. §. 2. Quod non improbandum, quoniam nulla dispositio juris divini adest, quæ per modum præcepti Principem constringat, ut hoc vel illud forum constituat.

§. III.

Facile ergo judicium ferri potest de quæstione: Utrumne Princeps ab hac consuetudine sine injuria recedere possit? Negant hoc nonnulli, (vid. B. Brunnemannus *in Consil.* 142. *num.* 22.) asserentes, Clericos inferioribus Magistratibus subjici nullo jure posse, idque potissimum quinque rationibus probare nituntur. (1) Quia hoc privilegium exemptionis Clericorum à Jurisdictione inferiorum Judicum præscriptione immemoriali 12. Sec. munitum. (2) Quia juri communi consonum, & ita non abrogandum. (3) Quia tributum est à veteribus intuitu piæ causæ; quæ autem piæ causæ intuitu data sunt privilegia, abrogari nequeunt. (4) Quoniam datum est hoc privilegium ob bene merita Clericorum. (5) Quia hoc privilegium descendit ex pacificatione Imperii, qua Jurisdictio ecclesiastica ex jure fiduciario in Status evangelicos collata. Verum, quod pace dissentientium dixerim, illa sententia mihi quodammodo dubia videtur, unde arbitror, juste licere Principibus, Clericos inferiori etiam Magistratui subdere, li-

cet

cet ex rationibus politicis id statim suadendum non sit. Nam 1. potestati leges novas condendi ac mutandi veteres, tanquam Regali eminenti, quod absque contradictione ab Imperantibus abesse nequit, nullo unquam ævo ac temporis lapsu à subditis potest præscribi. 2. Consequentia non valet: Quod juri communi consonum, illud non est abrogandum; multa enim in jure Civili & Canonico, quod utrumque per jus commune intelligimus, continentur, quæ vel ad statum civitatum nostrarum non quadrant, vel si inprimis jus Canonicum respicias, plane absurda, adeoque nec recepta, neque ut recipiantur digna sunt, quo ex genere hæc etiam dispositio est, unde præscripta juris communis in nostris provinciis recipere & observare, in arbitrio nostrorum Principum positum esse censemus. 3. Quæ à veteribus intuitu piæ causæ tributa sunt privilegia, revocari omnino possunt, cum factum alterius Principis alterum non obliget, sed à voluntate cujusque Imperantis dependeat, quem modum beneficii sui esse velit, vid. *l. 191. ff. de R. I.* Adde, quod prætensus favor piæ causæ sæpius nihil significet, præter superstitionem ac cœcum erga Papisticum Clerum amorem. 4. Privilegia non egrediuntur territorium concedentis, sive ad tempus solum atque ex nuda gratia, sive in perpetuum & ob bene merita, aut titulo quodam oneroso concessa sint. Quicquid igitur Constantinus, Marcianus, Justinianus aliique Imperatores concesserunt Clericis suis, illud non potest præjudicare Principibus nostris, cum non sint illorum successores, hinc nec factum illorum præstare tenentur. 5. Jurisdictio ecclesiastica non jure fiduciario per Pacificationem in Status evangelicos collata, uti dissentientes supponunt, sed hæc ipsis jam antea competiit, & adhuc competit vi superioritatis territorialis, summo imperio analogæ, uti ex *cap.* 1. apparet, atque cum hæc potestas circa sacra à Romanis Episcopis per tempus aliquod inique usurpata, & variis machinationibus restricta fuerit, tandem hujus exercitium legitimis dominis restitutum est. Illustr. Dn. Stryk. *ad Brunn. Jus eccl, lib. 1. cap. 6. m. 12. §. 6. ad verba: quemlibet statum.*

§. IV.

Ex quo simul patet, non satis accurate Doctores nonnullos loqui, qui dicunt, Principes evangelicos post transactionem illam & pa-

Digitized by Google

pacem publicam duas diversas sustinere personas, alteram Episcopi, alteram autem Principis, ac intuitu prioris episcopalem, intuitu autem posteriores secularem Jurisdictionem exercere. Nam Jurisdictio ecclesiastica non est separata quædam judicandi potestas, à S. Imperio independens, sed potius eidem connexa. Cum itaque illa abuti cœperint Episcopi, Catholicæ religioni addicti, eamque sibi subsequentibus temporibus injusto modo arrogaverint, in ipsos etiam Principes ac Reges, hinc tandem, post scissionem religionis in Imperio nostro Germ. suspensa est hæc Jurisdictio clericalis in terris Principum evangelicorum, quo factum, ut hi jam libere possint omnia Majestatis jura, etiam circa sacra exercere, nisi quatenus LL. Imperii fundamentalibus impediantur. Hinc non dubito quoque, quin Principes nostri Imperii, vi superioritatis territorialis, possint judicibus inferioribus imperium in Clericos committere, cum hoc nullibi, neque juri divino, neque LL. Imperii fundamentalibus, contrarium esse deprehendatur. Ita in Marchia Brandenburgica Clerici sortiuntur forum in causis civilibus, personalibus etiam, coram Patronis suis, vid. *Recess. provinc. de An.* 1653. Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. tit. de judic. pag. m.* 104. *ad vocem: Clericus.* E contrario autem in Saxonia nobilis Clericum coram Consistorio conveniri debet. Carpz. *in Processs. tit.* 1. *art.* 2.

§. V.

Præterea quamvis etiam in territoriis Protestantium, una cum Jurisdictione Pontificia, jus quoque Canonicum seu Pontificium abrogatum esse censeatur: nihilominus tamen recepta semel auctoritas ejus in nonnullis materiis, in quibus æquitatem quandam ac pietatem præ se ferre videtur, non quidem ex Pontificis potestate, uti in regionibus Romano-Catholicorum, sed ex consuetudine & moribus, tacito consensu nostrum Principum approbatis, valet, ac proinde constat, non in totum, sed quatenus res in iis propositæ usu obtinent, & cum recta ratione ac divino jure conveniunt, illud sequendum esse. vid. Reinking. *de Regim. sec. & eccl. lib.* 2. *class.* 2. *cap.* 7. Ziegl. *in diss. de Origin. & increment. Jur. Can.* §. 68. Lauterb. *in Comp. Jur. in præf. pag.* 3. Matth. Stephan. *de Jurisdictione lib.* 3. *part.* 1, *cap.* 3, *num.* 23.

Simili ratione, qua jus Justinianeum nos non ex auctoritate & promulgatione Justiniani vel aliorum Imperatorum, sed solum ex consuetudine, qua illud in Imperio, & territoriis Principum nostrorum receptum, & statui nostro accommodatum visum est. vid. Dn. Linck. *in disc. prælim. ad tr. de Jur. templor. n.* 33. Recte igitur & in hac materia Doctores nostri tam in Academiis, quam in Curiis ad utrumque illud Jus Canonicum & Justinianeum eatenus adhuc provocant, quatenus Clerici non ab omni potestate civili, sed tantum à Jurisdictione inferiorum Judicum liberi redditi sunt, nihilque, quod vel rationis lumini, vel divinæ voluntati repugnat, in illis juribus reperitur: nostri enim Clerici jam fere in eodem statu ac conditione vivunt, quo quondam sub Imperio primorum Principum Christianorum fuerunt, vid. Dn. Linck. *de Jur. episc. cap.* 11. *n.* 42. *n.* 63. *& n.* 31. Schilt. *in Instit. Jur. Can. lib.* 1. *tit.* 18. §. 4.

§. VI.

Quamvis ergo Clerici à Jurisdictione Magistratus secularis exempti generaliter dicantur, vid. *l.* 13. *C. de Episc. Audient. Auth. Statuimus. C. de Episc. & Cleric. l.* 25. *in f. pr. C. eod. Cap. Si quis Clericus.* 1. *X. de for. comp. & Cap. Clerici.* 8. *X. de judic.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 37. *n.* 1. Carpz. *in Jurispr. Consi. lib.* 3. *def.* 3. *n.* 3. hoc tamen, prout dictum, apud Evangelicos ita generaliter non accipitur, sed ex eorum principiis propositio ita formanda, quod regulariter Clerici à Jurisdictione Judicum secularium, præsertim inferiorum, sint exempti, nisi forte ratione fortunarum ac rerum immobilium, &c. in jus vocentur, iis enim casibus forum privilegiatum cessat, cum intuitu temporalium personæ ecclesiasticæ temporali quoque Magistratui obedire teneantur. Bald. *in cap.* 1. *n.* 4. *d. controv. feud. &c.* Carpz. *cit. l. def.* 5 *&* 7. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 22. *& cent.* 4. *obs.* 95. Reinking. *de regim. secul. & eccl. lib.* 3. *class.* 1. *cap.* 10. *n.* 11. *seq.* Unde forum Clericorum commode mihi videtur dispesci posse in privilegiatum atque commune, sive, in ordinarium & extraordinarium. Per privilegiatum intelligo forum ecclesiasticum, quo Clerici omnes ac personæ ecclesiasticæ tanquam *ordinario* suo judicio toties gaudent, quoties singularem ob causam, sive rem, non impediuntur, & ad communem reliquorum civium Judicem trahuntur. Commune autem Clericorum Judicium voco,

quod

Digitized by Google

quod cessante privilegiato, personæ ecclesiasticæ ex jure communi ob certam quandam causam, rem vel factum, non ut Clerici, sed extra istam functionem, ut alia membra reipubl. sive societatis civilis, in casibus ante recensitis, & deinde fusius explicandis, sortiuntur. vid. Schilt. in *Inst. Jur. Can. lib.* 1. *tit.* 18. §. 1. *lit. D.*

§. VII.

Privilegiato ergo judicio regulariter gaudent Clerici in omnibus actionibus obvenientibus, tam realibus, quam personalibus, adeo, ut si causa sit æqualis atque communis Clerico & Laico v. g. si Clericus & Laicus correi sunt debendi vel socii, nec causa dividi possit, ille, tanquam dignior persona, hunc, veluti personam minus dignam, ad suum forum ecclesiasticum pertrahat. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 16. *n.* 19. Engel. *in Colleg. Jur. Can. lib.* 2. *tit.* 2. *part.* 1. §. 5. *n* 47. Dico tamen regulariter, nam & abhac regula, uti ab aliis, variæ dantur exceptiones, & quidem

(1) Si adhuc ambiguum, an quis Clericus sit vel non? super hac quæstione prius cognoscere potest Judex secularis, quia facti est, Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 6. *in f.* Brunn. *in Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 14. Quod si vero jam major forte pro statu clericali præsumptio adsit, v. g. si antea semper habitu Clericorum incessit, &c. statim remittenda est causa ad ecclesiasticum Magistratum. Hic quidem pluribus adhuc exponendum esset, quibus ex signis status clericalis plerumque præsumatur, & quæ personæ hoc exemptionis privilegio fruantur, sed ne in enumeratione & explicatione requisitorum, quæ hic vulgo Canonistæ exigunt, longus nimium sim, breviter me remitto ad Dn. Linck. *de Jur. episc. cap.* 11. §. 44. & Engel. *cit. l.* §. 5. *n.* 42. Inter Protestantes vero hoc beneficio gaudent non solum primarii & majorum ordinum Clerici, ut sunt Superintendentes, Professores, Pastores, Archi-Diaconi & Diaconi, sed secundarii quoque ac minorum ordinum v. g. ludi moderatores, præceptores scholarum, organici, æditui, custodes, aliive ecclesiarum atque piorum locorum ministri cum uxoribus, viduis, liberis & famulitio suo. Carpz. in *Jurispr. Conf. lib.* 3. *tit.* 1. *def.* 6. Klock. *vol.* 1. *conf.* 39. *n.* 44. Linck. *cit. l. n.* 64. Heig. *part.* 2 *qu.* 25. *n.* 22. Schilt. *in Inst. Jur. Can. lib.* 1. *tit.* 18.

§. VIII.

Si (1) ipsi Clerici sunt actores, sequi tenentur forum rei, quamvis hoc forense sit ac seculare, per *cap. Si Clericus.* 5. *& cap. Quum sit.* 8. *X. de for. comp.* illud enim juris ordo postulat, per *l. Actor.* 3. *C. ubi in rem act. l. Iuris.* 2. *& l. In criminali.* 5. *C. de Iurisdictione.* Lancell. *in Inst. Iur. Can. lib.* 3. *tit.* 1. §. 5. *ibique* Dn. Ziegler. *in not.* Mev. *p.* 6 *dec.* 9. *n.* 1. *&* 2. Ita v. g. (*a*) in casu cessionis bonorum, à debitore obærato factæ, Clerici & ecclesiarum œconomi, sive, administratores, citationi judicis secularis una cum reliquis creditoribus laicis se submittere debent, quod male negat Marta *de Iurisdict. part.* 4. *cent.* 1. *cas.* 123. non enim hic reus, sed actor est Clericus. Illustr. Dn. Stryk *ad Brunn. de Concursu credit. cap.* 1. §. 2. *ad verbum: Ecclesiasticus.* Salgado *in Labyr. credis. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 8. *& seq.* Secus si contra Clericum ipsum concursus excitetur, hic enim, quia sic reus fieret Clericus, coram Judice ecclesiastico quoque instituendus esset, vid. *Cap. Odoardus.* 3. *X. de solut.* Brunn. *in tr. de Concurs. credit. cap.* 1. §. 2. Porro (*b*) si Clericus propter illatas ipsi à Laico injurias agere velit, coram Judice ejus competente, seculari scilicet, illum convenire debet, nisi forsan in templo ac durante S. liturgia injuriæ fuerint illatæ, sic enim, quoniam illis sacra turbata, inde fit ecclesiastica causa, quæ censuræ etiam ecclesiasticæ subjacet. Mev. *part.* 3. *dec.* 257. *num.* 9. *seq.* Schilt. *in Inst. Jur. Can. lib.* 1. *tit.* 18. §. 5. vel nisi aliud etiam consuetudine obtineat, vid. *Cap. Si Clericus.* 5. *X. de for. compet.* Engel. *in Coll. Jur. Can. lib.* 2. *tit.* 2. *part.* 1. §. 5. *n.* 41. Item (*c*) si Clericus Laicum de crimine, delicto debito, vel alia quacunque re diffamavit, potest ille ab hoc coram suo, diffamati scil. judice seculari, provocari, ut vel calumniam suam probet, aut perpetuo in posterum sileat. Hæc enim est practica Legis *Diffamari. C. de ingen. manum.* & cum de diffamati statu & qualitate aut conditione quæratur, optime de ea re poterit Judex ipsius competens cognoscere. Ziegl. *dec.* 4. *pag. m.* 17. Imo valet hæc provocatio quoque coram incompetente judice, Mev. *part.* 3. *dec.* 212. *n.* 3. Neque hic attenditur privilegium fori, quod Clericis alias competit, quia Clericus diffamator, veluti futurus actor, judicem diffamati Laici, tanquam rei, sequi necesse habet. Mev. *part.* 3. *dec.* 213. Gail. *lib.* 1. *obs.* 9. *num.* 3 *&* 7. Brunn. *in Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 13. Alexand.

cons.

Digitized by

conf. 52. *n.* 4. *volum.* 2. Coler. *dec.* 263. Diffamare enim, inquit Gail. *tit.* 1. *n.* 4. & 7. est ad judicem diffamati provocare, neque provocans agere videtur, cum diffamatorem saltem ad agendum publica auctoritate impellat. Interim, quoniam propter *leg.* 20. *ff. de Jurisdictione*, extra territorium, sive, Jurisdictionem, jus dicenti plerumque non paretur, hinc si Clericus diffamans citandus, Consistorium, ut ordinarium ejus judicium, litteris, quas subsidiales appellant, requirendum est, ut comparitionem, & cetera, quæ ad processum d. Legis *Diffamari* pertinent, eidem injungat; sin vero hoc auxilium suum deneget, edictaliter potest citari, vid. Celeberrimus Dn. Ludovici in *Introduct. ad Proc. civil. cap.* 5. §. 3. Engel. *in Coll. Iur. Can. lib.* 2. *tit.* 2. *part.* 1. §. 7. *n.* 58.

§. IX.

Hactenus quidem omnes fere Doctores conveniunt. Sed utrum in hac materia citatio quoque præventionem inducat, & per consequens, utrum Clericus præcise coram eodem judice, qui præparatorium diffamationis judicium definivit, principalem actionem instituere teneatur, vel an non potius liceat ipsi, alium judicem, in casu plurium concurrentium, aut alias competentem, si incompetens judicavit, adire? de eo magna inter Doctores disceptatio est. Gailius recte distinguit inter judicium diffamationis & ipsius actionis, ac in priori dicit citationem operari præventionem, non in posteriori, *lib.* 1. *obs.* 11. *n.* 3. & 4. Alii contra defendunt hanc sententiam non esse juris communis, sed in praxi Cameræ ita obtinere, cujus Jurisdictio quandoque solum super ipsa diffamatione, ut in causa fractæ pacis, fundata quidem, sed non in causa principali, hinc veriorem esse contrariam opinionem putant, quod in principali etiam causa per citationem litis pendentia fiat, vid. Engel. *in Coll. Iur. Can. lib.* 2. *tit.* 2. *part.* 1. §. 7. *n.* 60. Joan. Bapt. de S. Sever. *in rep. L. Omnes populi. col.* 14. *ff. de just. & jur.* aliique. Sed salva res est, non enim citatio in diffamatorio judicio emissa litis pendentiam in ipsa principali causa inducit, sed potest diffamator in alio judicio competente agere, Mev. *part.* 1. *dec.* 198. quia citatio ex Lege *Diffamari* injungit quidem, ut diffamator agat, aut ut sileat, minime vero, ubi agere debeat, neque imploratus Judex certum forum, ubi de principali negotio agatur, præscri-

bere poteſt, quia de eo nihil in dicto textu reperitur. Conf. Mev. *part.* 3. *dec.* 212. & *part.* 6. *dec.* 9. *n.* 5. & 6. Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 14. *ſeq.* Brunn. *in Comment. ad Codicem*, *in hanc legem n.* 8. *ſeq.* Didac. Covarr. *lib.* 1. *Var. reſol. cap.* 18. *n.* 6. Limitanda vero hæc aſſertio, niſi forte peculiares circumſtantiæ aliud præcipiant, v. g. ſi diffamator per rerum naturam actionem inſtituere nequeat, &c. qua de re vid. Dn. Ludovici *in Introd. ad proc. civ. cap.* 5. §. 20. & 21. Ceterum quamvis in foro contra Clericum, ſi hic terminos officii ſui in concione vel alibi vere exceſſit, actio ex L. *Diffamari* ſibi vindicet locum, prout teſtatur excell. Dn. Rivinus *in Enunciat. Iur. ad tit.* 1. *de off. Iud.* §. 33. juſte tamen abuſum hujus remedii taxat B. Brunnemannus *in cit. Iur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 13. ubi graviter conqueſtus eſt, quod ſuperbi ac criminis ſæpe conſcii homines, interrogati à fido Chriſti Miniſtro de crimine, publica & conſtanti fama ad eum delato, & admoniti ſimul, ut in poſterum ab ejusmodi malefactis ac vitiis abſtineant, temere hoc remedio contra illos abutantur.

§. X.

Sequitur etiam (3) Clericus forum ſeculare in caſu evictionis & denunciatæ litis, ſi ſcil. Clericus Laico aliquid vendidit, quod per tertium quempiam deinceps ab emptore repetitur ac vindicatur: defenſor enim, qualis hic eſt Clericus, non poteſt allegare privilegium ſui Judicis, ſed tanquam venditor ſequi debet Judicem emptoris ſecularem, per expreſſum textum *l.* 49. *Venditor. ff. de Iudic.* vid. Didac. Covarr. *pr. quæſt. cap.* 8. *n.* 3. Gail. *lib.* 1. *obſ.* 37. *n.* 7. Mynſing. *cent.* 1. *obſ.* 22. *n.* 7. & 8. *cent.* 5. *obſ.* 14. *cent.* 6. *obſ.* 33. qui omnes hanc dicunt communem opinionem, & in praxi ubique receptam, cui etiam ſuffragari videtur gl. *in C. Cleric. nullum.* 11. *qu.* 1. Neque obſtat contraria ſententia, quam probant Paulus Caſtr. Angelus & Jacob. *in d. l. Venditor*, aſſeverantes: Reſponſum hujus Legis tantum in Laicis, non autem in Clericis procedere, imbecilli enim nituntur argumento, quod, ſicuti fiſcus venditor in caſu denunciatæ litis cauſam jam in Judicium deductam poſſit ad proprium ac peculiarem fiſci judicem deferre, per Accurſ. & Bart. *in l.* 3. *C. de Iur. fiſci*; ita quoque Clericus ad judicem ſuum eccleſiaſticum cum tota cauſa remittendus ſit. Nam pri-

primum nihil ſpeciale hac ex parte de fiſco *in cit. l.* 3. invenitur, quantumvis Bald. eandem ita explicet; deinde nihil refert privilegium fiſci quoad alios, quibus idem jure conceſſum non eſt, quia, quod contra rationem juris eſt receptum, non debet produci ad conſequentias, per *l.* 14. *ff. de LL.* & *l.* 141. *de R. I.* Sed quid, ſi Clericus venditor neget, ſe teneri ad defenſionem & evictionem emptori laico præſtandam? tunc utique coram Conſiſtorio, veluti ordinario ſuo judicio, conveniendus eſt ab emptore, ad id, ut promittat, ſe velle venire, ac cauſam emptoris coram judice ſeculari defendere, aut omne intereſſe præſtare. Grœneweg. *ad l.* 1. *C. ubi in remact.*

§. XI.

Subſunt quoque Clerici (4) Magiſtratui ſeculari, ſi propter adminiſtrationem officii cujusdam ſecularis, tanquam tutores, curatores, procuratores &c. Laici conveniuntur, ac primum quidem adminiſtratorio nomine ab aliis, durante adhuc officio illo, quia hic non tam Clerici, quam Laici, cujus curam gerit, vel mandata exequitur, perſona attendenda eſt, Gail. *lib.* 1. *obſ.* 35. *n.* 7. ac deinde finito officio, ac proprio quidem nomine, ſed tamen propter adminiſtrationem, ad rationes reddendas, quam ob cauſam ſe ſiſtere tenetur in foro geſtæ adminiſtrationis, eum enim, qui aliena negotia, ſive ex tutela, ſive ex quocunque alio titulo, adminiſtravit, ubi hæc geſſit, rationem oportet reddere, per *l.* 1. *C. ubi de ratiocin. tam publ. quam priv. agi oport. l.* 19. §. 1. *ff. de judic.* cum ibi optima ac veriſſima documenta poſſint exhiberi vid. *l.* 2. *C. ubi de ratiocin.* &c. Carpz. *lib.* 2. *reſp.* 33. contra quas Leges neminem privilegiatum ſe tueri poſſe, ſed ſcholarium quoque privilegium ceſſare, exiſtimat Salgado *in labyr. part.* 1. *n.* 93. id quod etiam affirmat Franciſc. Munnoz de Eſcobar. *in tract. de ratiocin. cap.* 7. *n.* 8. *ſeq.* ea tamen cum limitatione, ſi Clericus lucri cauſa adminiſtrationem ſuſceperit, eo enim caſu, quia contra Canones deliquit ex ſententia Canoniſtarum, privilegium fori amittit, Eſcobar. *cit. l. n.* 24. *ſeq.* Proſp. Farinac. *qu.* 8. *n.* 97. ſecus vero, ſi vel rei eccleſiaſticæ, vel perſonæ miſerabilis curam ſuſcipiat ex miſericordia, cum illæ etiam per ſe ad forum eccleſiaſticum ſpectent, harum autem cura in ſpecie Clericis demandata ſit. *C. Decrevit.* 1. *diſt.* 88.

§. XII.

§. XII.

Clericus (5) forum ſeculare declinare nequit, ſi Laico in lite ſuccedat, Panorm. & Felin. *in C. Quia. de Iudic.* Corvin. *in Inſt. I. Can. lib. 3. tit. 4. §. 7. in fin.* quia heres actiones contra defunctum radicatas accipere tenetur, *l. 19. pr. ff. de Iudic.* etiamſi proprio vel communi privilegio hoc forum alias declinare poſſet, vid. *cit. l. 19. pr.* & Brunn. *in Comment. ad hanc legem*, itemque Lauterb. *in Comp. Jur. tit. de Judic. pag. m.* 104. ubi enim acceptum ſemel judicium, ibi quoque finiendum eſt, per *l. 30. ff. de Judic.* Conf. Gail. *lib. 1. obſ. 37. n. 8.* Mynſing. *cent. 3. obſ. 45. in fin.* Cum vero à defuncto Laico judicium ſemel cœptum ſit, ob quaſi contractum inſtantia tranſit ipſo jure in quoſcunque ſucceſſores univerſales, utpote qui in hac lite non tam propriam, quam defuncti perſonam repræſentant, vid. *l. 34. ff. de Judic.* Brunn. *in Comment. ff. ad hanc legem. l. 58. ff. de O. & Act.* Carpz. *dec. 29. n. 11. & 12.* it. *deciſ. 36. n. 1. & 2.* Ceterum ſi à defuncto Laico lis nondum fuerit inchoata, ſeu conteſtata, heres Clericus conveniendus erit coram ordinario ſuo eccleſiaſtico Magiſtratu, niſi forte adhuc indiviſa jaceat hereditas, tunc enim propter connexitatem cauſarum aliud dicendum, de qua inferius. Prolixe hac de re egit Covarr. *in pr. quæſt. cap. 8. n. 4.* Conf. Gail. *lib. 1. obſ. 37. n. 10.*

§. XIII.

Agnoſcere (6) Judicem ſecularem tenetur Clericus, quando lis eſt ſuper poſſeſſorio rei etiam ſpiritualis, vel quaſi ſpiritualis, v. g. ſuper poſſeſſione decimarum, juris patronatus, juris præſentandi &c. quia tota hæc quæſtio poſſeſſionis verſatur ſolummodo circa factum, an hoc verum ſit, vel non, an Clerici poſſideant rem eccleſiaſticam, an ſint v. g. in poſſeſſione, decimas percipiendi, &c. poſſeſſio vero, ſive nuda inſiſtentia rei, cum facti ſit, temporalis ac minime ſpiritualis eſt, vid. gloſſ. *in Cap. Litteras. de juram. calumn.* Gail. *lib. 1. obſ. 37. n. 5.* Carpz. *lib. 1. def. 139. n. 7.* Klock. *vol. 1. conſ. 39. n. 1.--6.* Multis quidem hanc opinionem falſitatis arguit Covarr. *in pr. quæſt. cap. 35.* nec B. Brunneman. *in Jur. eccl. lib. 3. cap. 1. §. 31.* cuipiam auctor vel ſuaſor hujus aſſertionis eſſe cupit, quod ſcilicet lis ſuper poſſeſſorio rei ſpiritualis poſſit à civili judice expediri, nihilominus tamen

men ista, tanquam verior, & ab erronea Pontificiorum hypothesi magis purgata, in praxi valet, uti deduxit atque testatur Gail. integra observatione *lib.* 1. *obs.* 38. Necesse vero est, ut solius possessorii, nec simul maxima juris ac proprietatis ratio habeatur, alias enim ab ecclesiastico Judice examinanda foret. Carpz. *cit. l. n.* 5. & 7. Finckelth. *de Jur. Patron. cap.* 8. *n.* 9. Mindanus *de processʃ. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 21. Si cui autem forte volupe est, rationes in utramque partem evolvere, legat Covarr. *cit. cap.* 35. *pr. quæst.* & Menoch. *de recuper. possess. remed.* 15, *n.* 210. *seq.* eundemque *de Jurisdictione lib.* 2. *cap.* 18. *pag.* 154. §. *decimus octavus est casus &c.*

§. XIV.

(7) Si clerici debitores sunt in fuga, vel eam meditantur, possunt etiam à Judice seculari capi, quia fugiendo amittunt privilegia, & quoniam privilegia exemptionis &c. strictissime explicanda sunt. Berlich. *part.* 1. *concl.* 76. *n.* 10. & 11. Dn. Linck. *de Jur. episc. cap.* 11. *n.* 58. ita tamen ut ecclesiastico Judici postea Clericum tradat: extra casum fugæ autem hoc denegatur civili Magistratui, Berlich. *part.* 1. *concl.* 75. *n.* 25. Conf. Felician. de Oliva. *de foro ecclesiast. part.* 2. *qu.* 22.

§. XV.

Porro expediti juris est, reum, etiam Clericum, (8) obnoxium fieri Jurisdictioni Laici ex contractu, eo scil. in loco, ubi contraxit. *Cap. Volentes.* 1. *de privil. in 6to. Cap. Dilecti filii.* 17. & *Cap. Licet.* 20. *de for. comp. Cap.* 1. §. *Contrahentes, eod. in 6to.* Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 107. *seq.* & *n.* 359. *seq.* Frustra enim, inquit B. Brunnemannus, hic de privilegiato foro contenditur, ubi ex alio capite, loci scil. contractus &c. Judex competens est, sed tunc exemptus quis judicatur solum, quando ratione domicilii convenitur, alias enim nullum esset forum ex loco contractus. Brunn. *in Consil.* 70. *n.* 12. & 13. Ita recte disserit in genere; quam vero exceptionem in specie deinceps ratione Clericorum affert, merito rejicio, utpote quæ nullo fundamento juris, sed nudo ministerii favore, uti ipse confitetur, superstructa est, hinc idem quod in reliquis privilegiatis valet, intuitu Clericorum etiam juris esse puto. Conf. Richterus *ad*

cit. cap. 17. *n.* 3. 4. *& seq. itemque ad cap.* 20. *X. de for. compet. n.* 20. *seq.* Carpz. *lib.* 2. *resp.* 29. Necesse vero est, ut ordinaria requisita hujus fori adsint. Exigunt autem plerumque ad forum contractus, ut eum in locum solutio sive consummatio contractus vel quasi destinata sit *l.* 21. *ff. de O. & A. l.* 19. §. 1. *ff. de Judic.* Sin vero de eo nihil expresse dictum, respicitur ad locum, ubi conventio perfecte celebrata, in dubio enim ibi quoque consummatio fieri debet, vid. *l.* 19. §. 1. *ff. de Judic.* in scriptis vero contractus ibi censetur perfectus esse, ubi utriusque contrahentium consensus fuerit conjunctus, *argum. l.* 55. *ff. de O. & A.* Berlich. *part.* 1. *dec.* 37. *n.* 2. *& part.* 2. *dec.* 181. *in fin.* Deinde requirunt, ut reus præsens sit in isto loco suscipiendæ expeditionis causa, non ut confestim discedat. vid. illustr. Dn. Stryk. *in Usu mod. ff. tit. de Judic.* §. 21. Dn. Ludov. *in Doctrin. Jur. ff. tit. de Judic.* §. 17. & 18. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 30. *n.* 4. 5. 6. *seq.* Brunn. *cons.* 159. *n.* 25.

§. XVI.

Ratione immobilium (9) Clericus in foro rei sitæ ac seculari conveniri potest, quia hic plane non ad personam, ejusque privilegia, uti frustra defendunt Bald. *Auth. Clericus. post pr. C. de Episc. & Cler.* it. Oldrad. *cons.* 83. *num.* 3. *seq.* sed ad rem ipsam respicitur, quæ de personæ privilegio nihil participat, vid. *Cap. Volentes.* 1. *X. de privil. in 6to. Cap. Licet. ult. X. de for. comp. Auth. Clericus. C. de Episc. & Cler. L. fin. C. ubi in rem act.* Brunn. *in Comment. Cod. ad hanc legem n.* 8. Richter. *part.* 3. *dec.* 102. *n.* 30. it. *dec.* 105. *n.* 58. Klock. *vol.* 1. *cons.* 10. *n.* 176. *seq. vol.* 2. *cons.* 54. *n.* 17. *seq.* Schilt. *in prax. Jur. Rom. quæst. for. de foro privil. post. tit. de Judic. pag.* 420. Carpz. *in Jurispr. cons. lib.* 3. *def.* 7. *& dec.* 217. *n.* 8. *seq.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 37. *n.* 3. *seq.* it. *de pignorat. cap.* 7. *n.* 2. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 22. *n.* 2. *&* 3. *cent.* 4. *obs.* 95. Struv. *in Synt. Jur. civ. ex.* 9. *th.* 59. *Brunn. in Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 27. Covarr. *pr. quæst. cap.* 31. Mindan. *de processſ. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 13. Duaren. *in tit.* 1. *C. ubi & apud quem in integr. &c.*

§. XVII.

Propter causam feudalem (10) Clericus quoque sortitur forum Laicorum, quia natura causæ trahit ad se personam, non persona naturam

rorum causæ: causæ vero feudales singulare habent judicium, ita, ut vel dominus feudi laicus, adhibitis nonnunquam Paribus Curiæ, vel Pares Curiæ seculares Judices sint. *Cap. Ex transmissa. 6. & Cap. Verum. 7. X. de for. comp. Cap. Ceterum. 5. X. de Judic.* Struv. *in Synt. jur. feud. cap. 16. th. 4. seq. & cap. 1. th. 7. n. 9.* Illustr. Dn. Stryk. *in Exam. jur. feud. cap. 25. qu. 1. seq.* Richter. *in Comment. ad cit. tex. jur. can. de for. comp.* Zanger. *de except. part. 2. cap. 1. n. 301.* Gail. *lib. 1. obs. 37. n. 3.* Mindan. *de process. lib. 1. cap. 11. n. 12.* nisi feudum sit ecclesiasticum, tunc enim propter naturam negotii judicat Præsul illius ecclesiæ vel Capitulum.

§. XVIII.

Propter connexitatem causarum Clericus (11) quoque coram Magistratu seculari ac proxime superiore, non obstante privilegio & exemtione sua, se sistere tenetur, ne scil. actor diversis litibus distrahatur, & licet alias, uti supra §. 7. ex Carpz. adduxi, communis dicatur opinio, quod dignior persona indigniorem, & per consequens Clericus Laicum ad suum judicium in communi causa attrahat; rectius tamen hoc in singulare præjudicium & contemtum politici Magistratus inventum, ac per errorem aliquamdiu observatum, hinc merito iterum negligendum & abrogandum esse censet P. Fridericus Mindanus, in *tr. de Continentia caus. cap. 4. num. 20. seq. cap. 5. n. 22. seq.* Etenim concessum est in jure nostro, ut actor propter multitudinem rerum aut personarum, diverso Magistratui subjectarum, possit, omissis inferioribus Magistratibus, proxime superiorem omnium implorare, idque ad abbreviandas & præscindendas lites saluberrime introductum, ne necesse habeat actor, actionem suam, uti alias deberet, in pluribus judiciis instituere. Nam laicus conventus coram Consistorio, æque ac clericus in Judicio seculari, incompetentis fori exceptionem illico opponeret: superius autem judicium, cum utrique personæ competat, declinare hoc modo non facile possunt. Ast quoniam in quorundam territoriis, v. g. in terris Principum Romano-Catholicorum duo suprema Capita existunt, quorum alterum Pontifex in spiritualibus, alterum autem Princeps in temporalibus separatim repræsentat, manifestum est, quod in ejusmodi civitatibus commune judicium, tam clerico, quod laico superius, non inveniatur,

adeoque ad illud propter continentiam atque conjunctionem causarum provocari nequeat. Cumque igitur causæ vel à seculari, vel ab ecclesiastico judice inferiore dirimendæ, mirandum sane non est, quod Canonistæ ecclesiasticum judicium hoc in casu etiam seculari prætulerint, cum ex illorum hypothesi Clerici non possint à Laicis judicari, & magis deceat Laicum, ut sequatur Clericum, eo multo digniorem, quam ut Clericus Laicum sequatur. Ex quibus omnibus patet, haud inique sententiam illam improbatam esse à Mindano *cit. l.* Cui adstipulatur illust. Dn. Stryk *in Usu mod. ff. tit. Quibus rebus ad eund. jud. eat.* §. 7. Lauterbach. *in Comp. jur. tit. eod.* aliique allegati à Menochio *in tr. de A. Jud. Quæst. cas.* 371. *n.* 13. *in fin.*

§. XIX.

Subjicitur etiam Clericus (12) civili Magistratui propter prorogationem Jurisdictionis. Est autem prorogata Jurisdictio vel necessaria, vel voluntaria; prior fit per reconventionem, ac posterior per renunciationem; de utraque specie separatim jam pluribus. Et primo quidem clericus actor quo minus coram Judice laici conventus reconveniatur, nulla fori præscriptione vel privilegio se tueri potest, quem enim quis pro se Judicem agnovit, eundem quoque contra se approbasse censetur, hinc actor reconventus non potest uti exceptione incompetentiæ &c. *l.* 22. *ff. de Judic.* Mindan. *de continent. caus. cap.* 6. *n.* 9. *seq.* Illustr. Dn. Præses *ad Strauch. diss.* 24. *th.* 10. *p.* 356. Huber. *in prælect. ad ff. tit. de quibus rebus ad eund. jud. eat.* §. 4. Gail. *lib.* 1. *obs.* 37. *n.* 6. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 67. *n.* 7. Aliter tamen hæc assertio non procedit, nisi ordinaria reconventionis requisita concurrant v. g. quod Judex laicus de causa reconventionis cognoscere possit; de causa enim ad causam prorogatio non valet, cum reconventio tantum privilegium personæ, non autem ipsius causæ tollat. Finckelth. *de Jur. Patron. cap.* 8. *n.* 12. & 13. Quarum itaque causarum cognitio Judici concessa non est, illarum intuitu etiam Jurisdictio ejus prorogari nequid. vid. *l. fin. ff. de Jurisdictione* Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 374. *seqq.*

§. XX.

Alter modus prorogandi Jurisdictionem fit, uti dictum, per voluntariam jurium abdicationem. Hunc autem modum licitum esse in

Digitized by Google

in jure, apparet ex *l.* 14. *ff. de Jurisdictione*, ubi dicitur, receptum esse, ut si quis major, vel æqualis subjiciat se Jurisdictioni alterius, possit ei, & adversus eum jus dici. Ita in genere decisum est in Jure civili. An idem quoque in Clericis? negant id Canonistæ, propter *Cap. Si diligenti.* 12. *& cap. Significasti.* 18. *X. de foro compet.* & propter multas quidem, sed futiles ac nullius pretii rationes, quas vide apud Richterum *in Comment. ad cit. textus jur. canon.* Haud incongrue igitur in terris Evangelicorum hanc Doctores admittunt renunciationem, quia (1) quilibet potest favori pro se introducto renunciare, *l. Si quis* 51. *C. de Episc. & Cler.* etiamsi intuitu sacerdotii concessus sit, per *l. pen. C. de pact. & Cap. Si de terra.* 6. *X. de privileg.* Et licet (2) hoc privilegium ordini sit concessum, concessum tamen est non ordini solum, sed simul singulis, quodcunque vero universis ac singulis est concessum, eidem potest per singulos renunciari. Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 4. *ad verba: pactionibus privatorum.* Quo (3) simul corruit alia ratio, quod privatorum pactis juri publ. non possit derogari. Clericus enim renunciando privilegio fori toti ordini non præjudicat, sed sibi tantum, quatenus enim hoc beneficum in favorem singulorum simul introductum, eatenus quoque illi licite possunt derogare. Illustr. Dn. Stryk. *ad Brunn. Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 12. *ad verba: Et probibentur Clerici &c.* Schilt. *in Instit. Jur. can. lib.* 1. *tit.* 18. §. 9. Dn. Linck. *de Jur. episc. cap.* 11. *n* 70. & idem omn. *in Comment. ad Decretal. tit. de for. comp.* §. 3. Ex eodem fundamento liquet etiam Clericum (13) posse à Laico judicari eo in casu, si in arbitrum laicum libere consensit. vid. Gail. *lib.* 1. *obs.* 37. *n.* 11.

§. XXI.

Quod delicta (14) Clericorum attinet, Consistorium cognoscit de levioribus delictis omnibus, quæ pœnam arbitrariam, suspensionem, remotionem, carcerem, mulctam aut aliam censuram ecclesiasticam merentur, aut si quid gravius commiserunt Clerici, quod pœna corporis afflictiva aut plane capitali puniendum, quoad generalem inquisitionem plerumque adhuc cognoscit ecclesiasticum judicium, in qua si Clericum non insontem deprehendat, remittit eum ad Magistratum secularem, ut hic specialem inquisitionem contra eundem instituat, ac condigna pœna eum tandem afficiat; ecclesia enim

 à san-

à ſanguine abhorret, juxta *cap.* 5. *&* 9. *X. de Cler.* *& Monach.* Regulariter itaque neque in levioribus, neq; in gravioribus Clericorum delictis ſeculari Judici cognitio competit, niſi impetrata prius à Conſiſtorio licentia, ut vel ulterius crimen admiſſum inveſtiget, vel latam ſententiam exſequatur, vid. Carpz. *in Jurispr. conſ. lib.* 3. *def.* 5. Theodorici *Criminalia cap.* 10. *n.* 20. *ſeq.* Brunn. *in Jur. eccl. lib.* 3. *cap.* 1. §. 20. it. *in Proc. inquiſ. cap.* 10. *n.* 17. Dn. Linck. *de Jur. epiſc. cap.* 11. *n.* 69. Schilt. *in Inſt. Jur. can. lib.* 1. *tit.* 18. §. 7. Ita communiter obtinet; Rectene vero Clerici in criminalibus exempti ſint à laico Magiſtratu, vel non? eleganter diſquirit ac negat Zieglerus, quia reatus omnem dignitatem, omneque privilegium exuit, & quia multum intereſt reipubl. ne delicta maneant impunita, cit. Dn. Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 2. §. 6. ad quem me brevitatis cauſa remitto. Ceterum ipſi Doctores Pontificii multas exceptiones ab hac regula adducunt, v. g. ſi clericus delinquens in habitu laicali fuerit inventus, dicunt, eum poſſe à Judice ſeculari puniri, item ſi crimen fuerit enormiſſimum, uti eſt aſſaſſinii, &c. de quibus exceptionibus vid. Menoch. *in tr. de Juriſdictione lib.* 2. *cap.* 20. *pag.* 160. *ſeq.* Conſ. Theodorici *Criminalia cap.* 10. *n.* 21. *ſeq.* it. *cap.* 4. *n.* 16. *ſeq.*

§. XXII.

Coronidis loco paucis quæro adhuc, (15) quale forum Clericus in cambialibus cauſis ſortiatur? R. Conſiſtorium, quia ſubeſt perſonalibus obligatio, in perſonalibus vero regulariter Clericus coram Conſiſtorio conveniendus, niſi aliud forſan conſuetudine receptum ſit, de quibus vid. D. Ziepſſel. von Wechſel-Brieffen ſect. 1. pag. 22.

§. XXIII.

Hæc ſunt, Lector Benevole! quæ de hac materia diſſerere inſtitui; quodſi me in quibusdam adhuc erraſſe deprehendes, cogites, me eſſe hominem, adeoque nihil humani à me alienum putes. Deo autem Ter Optimo Maximo, cujus ope feliciter omnia ad finem perducta, & cujus divinæ gratiæ futuros meos labores quam humillime commendo, ſit laus, honor & gloria immortalis.

Nobi-

Nobilissimo & Clarissimo Domino Candidato suo S. P. D.

PRÆSES.

LEgi Disputationem tuam inauguralem de subjectione Clericorum sub potestate Civili eorumque foro competente, eamque tibi reddo, uti eam mihi exhibuisti. Neque enim, quod mutatione aut correctione opus haberet, deprehendi. Quin potius tibi de specimine tam erudito diligentiæ & profectuum tuorum animitus gratulor, ac ut mox fructus uberes colligas vitæ hactenus in Academiis tam laudabiliter peractæ, sincere apprecor. Cogitabam equidem nonnulla Dissertationi tuæ addere de origine ac progressu Consistoriorum in terris Principum Protestantium, ex magis genuinis fontibus Jurisprudentiæ pariter ac doctrinæ civilis, quam vulgo facere solent, qui de hac materia in scriptis & tractatibus editis disseruerunt. Volebam & causas exponere, cur in civitatibus quibusdam imperialibus Evangelicæ religioni addictis Consistoria non sint in usu. Sed impediverunt me labores alii, qui seponi ad tempus non poterant, ut meditationes istas in chartam conjicere & Dissertationi tuæ adjicere mihi non licuerit. Quare tu ipse forsitan in secundis curis his & similibus observationibus theses tuas auctiores reddes. Vale interim, & quod hucusque præsens fecisti, etiam in posterum absens me amare perge. Dabam d. 24. Junii, Anni 1709.

Prænobilissimo Dn. Candidato S. P. D. JAC. FRID. LUDOVICI, P. P.

REquiritur præcipue à Juris Candidatis, qui ad summos honores sese admitti petunt, ut cursum, quem vocant, studiorum suorum probe absolverint. Tempus absolvendo huic cursui præfinitum olim quadriennium erat, in cujus locum Justinianus in Constitutione de ratione & methodo juris docendi ad Antecessores quinquennium substituit, hodie triennium habemus, si quis ad Canoni-

catum

Digitized by Google

catum adſpirare velit, de cetero certum terminum non obſervamus. Neque etiam tali termino in univerſum opus eſſe exiſtimo, alii enim ante legitimum etiam tempus rationem bene conſtitutam & eruditionem bene firmatam habent, aliis vero etiam id ſupergreſſis mens nondum ſtabilita eſt, nec eruditio obtigit. Ergo ad ingenii alacritatem huicque conjunctam aſſiduitatem primario reſpiciendum, & juxta hæc tempus ita determinandum, ne dicente Petronio, cruda adhuc ſtudia in forum impellamus. Præſumtionem operatur, vixiſſe in Academia celebri: viros celeberrimos audiviſſe: per multos annos ibi ſubſtitiſſe: libros utiles ſibi comparaſſe, & quæ ſunt ſimilia; ſed præſumtio ſolum eſt, quæ per contrarii probationem eliditur. Olim pro omni experimento ad commendandam artis autoritatem Medico ſuffeciſſe dicit Ammianus, ſi Alexandriæ ſe dixerit eruditum; ſed tamen Juſtinianus ſe audiviſſe aſſerit, quod etiam in Alexandrina ſplendidiſſima civitate homines imperiti devagentur, & doctrina diſcipulis adulterina tradatur. Multi per multos annos etiam in Academiis ignaviæ litant: alii mox recedunt, reapſe currentes, ut nomen & omen habeant: multi nitentes libros eoſque multos poſſident, ſed in eorum interiora non penetrant, quibus vetuſtum illud jure occini poteſt: *Si tua charta cadat, ſecum ſapientia vadat.* Quid de Te nunc dicam, doctiſſime Candidate? Vixiſti in Academia celeberrima: Viros illuſtres, qui famam eidem jam dudum conciliarunt, aſſidue audiviſti: per multos annos curſum tuum continuaſti: non ſolum vero audiviſti, ſed etiam intra parietes tuos evolvendo, repetendo, meditando, tempus conſumſiſti. Neque pro Te præſumtio ſolum militat, ſed plena in promtu adeſt probatio. Teſtis eſſe poſſem de eruditione tua, quam in Collegiis privatiſſimis, iisque diſputatoriis & examinatoriis, per integrum fere biennium mihi comprobaſti pleniſſime: ſed Tu quidem meo teſtimonio, tanquam privato, non indiges, poſtquam illuſtris Facultas Juridica in examinibus conſuetis talem Te deprehendit, qui dignis Candidatis merito accenſeretur. Nanciſceris adhuc plurimos alios teſtes, qui Te pro Licentia, ut vocant, diſputaturum videbunt. Videbunt, inquam, quia certus ſum, neminem Tibi tritum illud: *Loquere, ut te videam*, occinere poſſe. Nihil ergo addo, quam ut Tibi & tuis de ſtudiorum curſu feliciter peracto ex animo gratuler. Abi hinc bonis avibus, memineris

neris tamen ejus, qui & sibi de tali consalino, inquilino & auditore gratulatur. Deus, quem sincere colis, omnibus tuis ausibus gratiam suam uberrime impertiatur. Sine illo enim nihil possumus. Vale Amice integerrime! Dabam ex Museo in Academia Fridericiana d. 24. Junii, A. O. R. MDCCIX.

Dissertatio inauguralis de singulari æquitate Legis unicæ Cod. quando Imper. inter pupillos &c. cognoscat. &c. ejusque usu practico, Præside CHRISTIANO THOMASIO JCto, Reg. Boruss. Consiliario intimo, Academiæ Fridericianæ Directore, Professore Juris primario, Facultatis Juridicæ Præside ordinario, & h. t. Decano, d. 3. Nov. MDCCXXV. JOANNES PHILIPPUS STOLL, Zitt. Lus.

SECTIO I.

Occasio Dissertationis & methodus dicendorum.

SUMMARIA.

1. *Occasio Dissertationis.*
2. *Textus dictæ Legis unicæ.*
3. *Variæ lectiones in Codice Theodosiano.*
4. *Autores de ejus æquitate, usu practico & expositione agentes.*
5. *Methodus dicendorum.*

§. I.

CUm de themate Dissertationis inauguralis essem sollicitus, à quibusdam amicis valde mihi commendata fuit singularis æquitas dictæ Legis unicæ Codicis Justinianei, quando Imperator inter pupillos vel viduas &c. & potissimum ob illam rationem, quod Do-

ctores fere unanimiter in eo quidem consentiant, quod æquitas illius Legis unicæ valde singularis & quasi indubia sit, item de frequenti ejus usu hodierno non solum in Gallia, Hispania, Belgio & aliis locis Europæ, sed etiam in Germania tam in terris Catholicorum, quam Protestantium, fere non dissentiant, cæterum tamen in quæstionibus de explicatione dictæ Legis unicæ & decisionibus quæstionum eo pertinentium non sint unanimes, sed hic fere soleant occurrere communes opiniones contra communes.

§. II.

Cum igitur mihi valde placeret consilium amicorum, incepi non solum ipsam Legem unicam cum debita attentione evolvere, sed & Commentatores quosdam præcipuos & hodienum famigeratissimos inspicere, ubi simul deprehendi, omnia ea, quæ amici mihi dixerant, esse verissima. Quare statim constitui, pro viribus Disputationem hanc elaborare, cumque fundamentum ejus sit ipse textus, ordo postulat, ut eum ante omnia Lectoribus proponam, eique rubricam ipsius tituli 14. libri tertii Codicis Justinianei præmittam, inprimis, cum ea prope contineat integrum sensum dictæ Legis unicæ. Verba rubricæ sunt: Quando Imperator inter pupillos, viduas, vel (alias) miserabiles personas cognoscat. Et ne exhibeantur. Textus ita sonat: »Si contra pupillos, vel viduas, vel (diuturno) morbo fatigatos & »debiles impetratum fuerit lenitatis nostræ judicium, memorati à nul»lo nostrorum judicum compellantur, comitatui nostro sui copiam »facere; Quinimo intra provinciam, in qua litigator & testes vel in»strumenta sunt, experiantur jurgandi fortunam; Atque omnis cau»tela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. »Quodsi pupilli vel viduæ, aliique fortunæ injuria miserabiles judici»um nostræ serenitatis oraverint, præsertim, cum alterius potentiam »perhorrescunt: Cogantur eorum adversarii examini nostro sui copi»am facere.» Hic saltem illud addo, quod Glossatores notent, in rubrica tituli vocem *alias* (propterea hic parenthesi inclusam) in quibusdam exemplaribus non extare. Similis observatio est addenda de verbo *diuturno* in ipso textu, quod id pariter non deprehendatur in textu Codicis Theodosiani.

§. III.

§. III.

Nimirum eadem Lex unica Constantini Imperatoris modo proposita etiam reperitur in Codice Theodosiano *Libro I. Tit.* 10. *de officio judicum omnium, lege* 2. Et observavit ibidem Jacobus Gothofredus in notis subjunctis non male, voce *diuturno* hic non opus esse, cum *morbo fatigati* illi dicantur, qui diuturno morbo fatigantur & vexantur; hanc enim vim esse vocis fatigandi. Idem Gothofredus notat: elegantius in Codice Theodosiano dici, *contra pupillos, viduas,* quam in Codice Justinianeo *contra pupillos* vel *viduas.* Porro loco verborum Codicis Justinianei, *atque omnis cautela servetur*, in Codice Theodosiano legitur, *atque omni cautela &c.* id est, ut iterum addit J. Goth. quibuscunque cautelis. Qua occasione simul notat idem, jocularem esse lapsum Accursii, qui hæc verba de cautela judicio sisti acceperit. Denique loco verborum: *cum alicujus potentiam perhorrescunt*, Codex Theodosianus adhibet verbum: *perhorrescant*, quod & ipsum approbat ex illa ratione Gothofredus, quia scilicet hæc verba causaliter sint intelligenda.

§. IV.

His ita de ipso Textu annotatis cepi evolvere Autores quosdam principuos, qui me & de sensu ac ratione Legis, & de ejus praxi hodierna informare ac certiorem reddere possent. Igitur cum debita attentione legi Jacobi Gothofredi *Commentar. ad dict. leg. 2. Cod. Theod. fol.* 59. Wissenbachium *ad h. Tit. Cod. Justin. p.* 338. *seq.* Huberum *in prælectionibus ad Tit. Pand. de judic. num.* 60. *seq.* Brunnemannum *ad Cod. h. Tit. fol.* 250. Illustr. Dn. Bergerum *Elect. discept. forens. ad ordin. Proc. Saxon. & quid. ad Tit.* 4. *obs.* 9. *p.* 94. *seq* Item *in supplem. part.* 1. *ad Tit.* 5. *n.* 3. *p.* 21. Denique *in Parte* 2. *supplem. ad tit.* 4. *n.* 16 *p.* 78. Gerhard. Feltmannum *de juram. perhorresc. lib.* 1. *cap.* 9 *p.* 43. *& lib* 2. *cap.* 53. *p.* 284. Simonem à Grœnewegen *de legibus abrogatis ad dict. Tit. Codicis p.* 492. *seq.* Joh. Frider. Rhetium *disput. de miseric. intemp. cap.* 8. *n.* 11. *seq.* (Quorum adeo scripta & loca, ubi de hac materia agunt, hic semel indicasse sufficiat, ut postea eadem repetere non sit opus, quoties sola horum Autorum nomina adducam.) Postquam autem in modo memoratis Autoribus celeberrimis deprehenderem, verum esse, quod amici mihi prædixerant, eos omnes & de æquitate singu-

lari dictæ Legis unicæ esse unanimiter persuasos, ac eosdem de praxi hodierna frequentissima testari, & saltem de sensu Legis in non paucis quæstionibus inter se dissentire, atque in utramque partem plurimos diversarum Gentium ac nationum JCtos, eosque famigeratissimos, allegare, non putavi opus esse, ut in horum evolutione tempus perderem, cum circa eorum testimonium de praxi Legis nostræ apud suas gentes, ad quam passim provocant, nulla subesset justa ratio dubitandi, & cum, ubi circa explicationem Legis dissentiunt, eorum rationes dissentiendi jam fideliter à JCtis à me evolutis essent allegatæ ac repetitæ. Igitur credo, Lectorem fore contentum, si saltem eorum nomina hic quasi per indicem allegem, & scripta eorum apud supra citatos Autores inquirenda Lectori permittam. Videlicet citantur ab iis Covarruvias, Vincentius de Franchis, Riccius, Belluga, Christinæus, Vultejus, Guido Papa, Sandius, Gailius, Mascardus, Menochius, Sichardus, Natta, Sotomajor, Antonius Matthæi, Barbosa, Trentacinquius, Salgado, Hilliger, Carpzovius & adhuc alii non pauci.

§. V.

Cum vero circa ipsam expositionem de sensu Legis plurimæ controversiæ & dissensiones apud JCtos hactenus memoratos occurrant, si omnes illas prolixius referre & examinare vellem, integro volumine opus foret, quod facile magnitudine sua Feltmanni tractatum de juramento perhorrescentiæ superare posset, ego vero ob varias causas coactus sim, Disputationi huic meæ inaugurali breviores terminos ponere, ita in sequentibus me geram, ut in *Sectione* 2. sententiam orthodoxam de singulari æquitate & sensu dictæ Leg. unicæ ejusque usu practico secundum mentem Autorum memoratorum proponam; tum in *Sectione* 3. sententiam heterodoxam afferam, & quid forte alii contra Autores illos celeberrimos proferre possint, ut videlicet probent, æquitatem dictæ Legis unicæ esse valde, imo maxime cerebrinam, ejusque usum practicum etiam si non plane nullum, certe tamen exiguum, denique, ut in *Sectione* 4. & ultima meam sententiam de singulari æquitate d. L. unicæ adjiciam, addito judicio de doctrina dissentientium. Operam tamen ubique dabo, ut, quantum fieri poterit, brevis sim & perspicuus.

SECTIO II.

De singulari æquitate & sensu dictæ Leg. unicæ ejusque usu practico frequenti, sententia Orthodoxa.

SUMMARIA.

1. *Æquitas singularis Legis nostræ & ejus ratio ex Jacobo Gothofredo.*
2. *Clariores rationes ex historia ecclesiastica.*
3. *Usus practicus dictæ Legis nostræ tantum non universalis.*
4. *Occasio dissensus Dd. circa quæstiones plurimas & methodus in earum propositione observanda.*
5. *An personæ miserabiles etiam possint evocare adversarios, si ipsæ conveniantur coram Judice ordinario?*
6. *An Lex nostra etiam disponat de pauperibus?*
7. *Variæ Classes & divisiones personarum miserabilium.*
8. *Monitum generale circa dissensum Dd. hic frequenter occurrentem.*
9. *An per pupillos soli orphani intelligantur?*
10. *An non etiam minores?*
11. *An sub viduabus comprehendantur etiam virgines?*
12. *An pupillis, viduis &c. divitibus etiam competat privilegium Legis nostræ?*
13. *Item, an studiosis?*
14. *An prodigis, Curatores habentibus?*
15. *An feminis inhoneste viventibus?*
16. *An lue venerea laborantibus?*
17. *An his, qui culpa pauperes facti?*
18. *An locus sit privilegio Legis unicæ contra æque privilegiatos?*
19. *An personæ miserabiles privilegio huic renunciare possint?*
20. *An personæ miserabiles possint uti privilegio, cœpta jam lite?*
21. *Quid juris intuitu litis consortium, heredum, cessionum?*
22. *Variæ sententiæ ratione diversarum causarum?*
23. *Sententia peculiaris emendatæ Ordinationis Processus Magdeburgicæ de extensione & restrictione Legis nostræ.*

24. *An Lex unica usum adhuc habeat post Novellam 86.?*
25. *An personæ miserabiles evocare possint absque juramento perhorrescentiæ*

§. I.

QUamvis ex JCtis allegatis nullum deprehenderim, qui de singulari æquitate d. Leg. unicæ quicquam disertis verbis protulerit, sufficiet tamen credo, quod Jacob. Gothofredus æquissimam humanissimamque hanc Constantini Magni constitutionem vocaverit, quatenus videlicet miserabilibus personis concesserit potestatem, adversarios suos è foro competente ad Principis comitatum seu examen evocandi, & quod reliqui Doctores, etiamsi vel nihil vel parum de æquitate Legis memorent, tamen eo ipso, quod magis de justificanda praxi dictæ Legis & ejus intellectu sint solliciti, æquitatem illam tanquam rem indubiam præsupposuerint, quasi nimirum de æquitate dictæ Legis nemo, qui sanæ mentis sit, dubitare possit. Unde etiam non mirandum, quod ipse Gothofredus nullam rationem specialem adduxerit, cur constitutionem Imperatoris, qua miserabilibus personis potestatem evocandi adversarios ad comitatum Principis æquissimam & humanissimam esse asseruerit, nisi quod ex Cassiodoro ad verba Theodorici Regis provocaverit, qui videlicet disertis verbis in simili casu asseruerit: *Innocentiæ professio est, nostram elegisse præsentiam, ubi nec violentiæ locus datur, nec avaritiæ vitia formidantur.* Sed cum tota hæc assertio Gothofredi saltem posteriorem partem d. Legis unicæ respiciat, operam dabo, ut pro viribus hunc defectum suppleam, & quid pro defensoribus sententiæ orthodoxæ forte afferri possit, paucis & perspicuis rationibus afferam.

§. II.

Videlicet nemo Christianorum, cuicunque etiam religioni vel sectæ sit addictus, negare poterit, quin in sacris litteris sæpissime inculcetur, ergo personas miserabiles variæ misericordiæ opera esse exercenda, & ibidem non solum pupillos & viduas, sed & ægrotos, pauperes, ac alios ad classem personarum miserabilium referri. Nec opus est dicta Scripturæ hic disertis verbis adducere, imo ne quidem opus est, ut simplici allegatione locorum Scripturæ huc pertinentium Lectorem detineam, partim quia illa dicta jam cuilibet etiam ex Laicis, qui

qui diligenti lectioni Scripturæ sacræ dant operam, sint notissima, partim quia eadem cuilibet se offerunt, si modo *Concordantias Bibliorum Lutheri* sub Titulis: Arme, Geringe, Krancke, Waysen, Wittwen 2c. evolvere ipsi placuerit. Unde jam diu ante Constantini Magni tempora omnibus Christianis, præcipue vero Presbyteris & Episcopis praxis doctrinæ Evangelicæ ab Apostolis fuit commendata de exercitio operum misericordiæ erga ejusmodi personas miserabiles, & potissimum distributio eleemosynarum in specie fuit commissa, (vide Brunnemannum *de Jur. eccles. libr.* 1. *cap.* 6. *membro* 7.) Cum igitur Constantinus Magnus primus ex Imperatoribus fuerit, qui fidem christianam publice professus est, & ipsemet pietati christianæ maxime dederit operam, non mirandum, quod & in hoc religionis christianæ præcepto singularem pietatem erga pupillos, viduas & alias personas miserabiles exercere & duplex privilegium iisdem in hac Lege nostra concedere voluerit. Imo valde verosimile est, quod, (uti subsequentes Imperatores Christiani etiam fecerunt,) suasu & adhortatione cujusdam Episcopi hæc Lex fuerit condita, & forte etiam à Clerico quodam, vel certe à Secretario aliquo à Clero dependente concepta, ut adeo de hujus Legis sanctitate & æquitate singulari eo minor dubitatio apud quemvis vere Christianum restare possit. Et non opus adeo erit, ut de ea pluribus verba fiant, cum misericordia Imperatoris in utroque casu hujus Legis statim in sensus incurrat, & prope manibus palpari possit. Nam quod posteriorem privilegii partem attinet, jam Gothofredus eam satis indicavit, quod in comitatu Imperatoris nec *violentia* adversariorum sit timenda, nec *avaritia* judicum: quamvis in eo sit culpandus idem Autor, quod ex Cassiodoro verbis Theodori, Regis hæretici & Arriani, hanc assertionem illustrare voluerit, cum tamen Clerus hæreticus malitia sua semper infecerit etiam judicia secularia Regum suorum, ut adeo assertio illa ad solum statum Cleri orthodoxi pertineat, & Politicorum, orthodoxorum, videlicet rationem suam sub fide captivantium, ac traditiones ecclesiasticas ut articulos fidei acceptantium. Quod autem priorem privilegii partem attinet, quod pupilli, viduæ &c. non debeant ab adversariis suis in prima statim instantia ad comitatum Cæsaris evocari, non opus fuit, ut ratio hujus à Commentatoribus declarata fuerit, cum in ipso Textu jam extet, ne videlicet testes & instrumenta,

qui-

quibus in defensione uti voluerint, pupilli &c. cogantur magnis impensis evocare extra provinciam. Imo latere sub his verbis adhuc aliam rationem mysticam. Videlicet notum esse proverbium: *Rerum est fugere*; adeoque pupillis & viduis forte non evidenter justitiam pro se allegare valentibus, sed exceptionibus dubii & controversi Juris, aut difficilis probationis forte utentibus injuria fieret, si auferretur ipsis prima instantia &c. & si insuper fatigarentur & vexarentur sumptibus & itineris periculis (vid. Jac. Gothofr. & Perezium *n.*2.)

§. III.

Sufficere hæc poterunt de æquitate Legis nostræ. Unde non mirandum, quod eadem & olim & hodie in praxi tantum non ubique à JCtis tam Catholicis quam Evangelicis in viridi usu & observantia fuerit retenta. Huber. *n.* 60. Brunnem. *n.* 15. Rhetius, *n.* 23. Grœnewegen *n.* 1. *&* 2. Et quamvis Wissenbach. in fine dixerit, Cameram Imperii non recepisse hanc constitutionem, nec eam probari in Geldria, eumque in finem citet intuitu prioris assertionis Gailium, intuitu posterioris Fridericum à Sande, interim tamen circa has assertiones distincte pronunciandum. Equidem quod Geldriam attinet, verum est, Sandium *de Feudis Geldr. tract.* 3. *cap.* 1. §. 1. *n.* 16. *p. m.* 218. diserte asserere, quod nec viduæ, nec aliæ personæ miserabiles feudale judicium declinare, neque ad principale consilium vel ordinarium vel ecclesiasticum provocare possint, addita ea ratione, quod moribus Geldriæ generaliter derogatum sit constitutioni Imperatoriæ *in C. quand. imper. int. pupill. vel vid.* Sed quod Cameram Imperii concernit, Gailius *lib.* 1. *obs.* 1. *n.* 40. diserte asserit, Imperatorem cognoscere in causis viduarum & pupillorum sola facti veritate inspecta, eumque in finem *d. L. unicam* allegat, & quamvis post paucas lineas addat: *hoc in Camera non observari*, statim tamen hanc assertionem suam explicat per rationem additam, quia videlicet ipsimet Principes & Status Imperii in causis pupillorum & viduarum cognoscant, & ideo, omisso medio, viduis & pupillis non decernantur processus in Camera, nisi in casu denegatæ & protractæ justitiæ. Adde Brunnem. *n.* 15. Rhetium *n.* 21. *seq.* Bergerum *p.* 95. (ubi simul notat, in Electoratu Saxoniæ forum privilegiatum miserabilium personarum esse summum Senatum Ap-

Appellationum, non vero Curias provinciales, die Hofgerichte, quia hæc sint judicia intermedia seu subalterna, à quibus provocetur ad Senatum Appellationum.) Equidem Autumnus, notante Feltmanno p. 287. n. 16. scribit, Gallos ignorare beneficium dictæ Legis unicæ. Sed recte addit Feltmannus, Autumni rationem (quod deinde viduæ &c. possint ad suprema tribunalia provocare) esse ineptam, cum satius sit, intacta jura miserabilium servare, quam deinde, ubi judicis inferioris sententia victi fuerint, remedium quærere. Adde, quod de usu Legis nostræ in Gallia testetur Grœnewegen, cum *n.* 6. ex Mornacio sententiam Senatus Parisiensis ad explicationem *d. L. un.* pertinentem adducat.

§. IV.

Utinam vero & circa explicationem Legis nostræ ita consentirent Doctores, uti consentiunt in deprædicanda ejus singulari æquitate, & perpetuo usu practico. Quod causam hujus dissensus attinet, illa quidem nec sancto & magno Imperatori Constantino imputari potest, nec dolo malo illius vel Clerici vel Laici, quo Imperator in concipienda hac Lege usus est; sed haud dubie ille vir optimus non præditus fuit à divino Numine dono perspicuitatis, adeoque præter, imo contra suam intentionem, privilegia Imperatoria viduis & aliis personis miserabilibus destinata ita obscure in singulis prope verbis & lineis proposuit, ut sic interpretes prope infinitas occasiones nacti fuerint, de sensu Legis inter se, & ita quidem dissentiendi, ut fere in singulis quæstionibus utraque pars rationes proferre potuerit, quæ singulari æquitate viderentur esse subnixæ. Præterea hæ omnes dissensiones culpæ quidem Scribæ vel Secretarii aut concipientis cujuscunque adscribi possunt, sed cave tamen ne culpam illam latam voces, quæ alias dolo æquiparatur; Fuit enim potius culpa levissima, & prope toti humano generi communis, secundum brocardicum notissimum: *Errare humanum est.* Ne autem tædium forte Lectori excitem, si quæstiones illas absque ordine & methodo perspicua recensere velim, ita me geram, ut initio considerem quæstionem: an duplex, an vero triplex privilegium hic indulgeatur personis miserabilibus? deinde, ut ostendam, quænam personæ hic pro miserabilibus habeantur, deni-

denique, ut de extensione vel limitatione privilegii quæstiones varias proponam.

§. V.

Quod primum casum attinet, nullum est dubium, quin verba Legis etiam secundum communem explicationem, duplex privilegium contineant, 1) quod pupilli &c. non debeant in prima instantia evocari ad comitatum Imperatoris; 2) quod ipsi tamen eo adversarios suos evocare possint. Sed his duobus Capitibus non contenti interpretes, quæsiverunt etiam novum idque tertium privilegium: *Utrum nempe pupilli possint etiam evocare adversarios suos ad Imperatorem vel Principem, si ipsi rei sint, & ab adversario suo conveniantur coram suo judice ordinario prima instantia?* Videbatur equidem prima fronte dicendum esse, quod quæstio hæc sit neganda, quia de hoc casu nihil contineatur in Lege nostra. Sed affirmativa tamen placuit post Trentacinquium Rhetio *n.* 14. *seq.* ob illas rationes, quia generaliter disponat Lex, quando miserabiles personæ provocaverint ad Principes, adversarios se ibidem sistere teneri, & cum alibi Lege non distinguente, non soleamus distinguere, cur hic sine urgenti ratione distinctioni locum faceremus. Imo addit Rhetius, hoc privilegio gaudere miserabiles personas in qualibet parte litis, etiam post litis contestationem, imo etiam post conclusionem in causa, quia Lex nostra expresse dicat: *si*, vel *quoties* evocaverint, debere eos hujus privilegii esse participes. Berger. *ad Ord. Proc. p.* 96. *seq.* adducit rationes varias pro utraque sententia: pro negativa quidem (1) quod Lex nostra saltem duo membra contineat, & de hoc tertio casu nil disponat, (2) propter proprietatem verborum: *sui copiam facere*, item, *si oraverint*, quam proprietatem latius sibi declarat (3) à conditione juris singularis *in d. L. un.* quod adeo strictæ interpretationis sit, nec proinde ob eandem vel majorem rationem ultra literam extendi possit, (4) à qualitate hodiernæ jurisdictionis patrimonialis, cui per extensionem illam fraus fieret. Contra pro affirmativa dicit militare rationes non contemnendas (1) à contrario sensu: in Lege enim dici, quod miserabiles personæ ad superiorem *pertrahi* i. e. invitæ conveniri nequeant, ergo eas omnino audiendas esse, si quidem sui copiam coram superiore facere velint; (2) ab identitate rationis, quia forum privilegiatum ideo per-

personis miserabilibus concedatur, ut lites celeriter atque adeo sine ambage cum sumptibus conjuncta finiantur, quæ quidem & eo casu militet, cum quis adversus personas miserabiles experiatur, neque multum abesse, quin actoris calumnia inde argui queat, quod idem reo ad superiorem provocanti, obnitatur, (3) à præjudiciis variis seu sententiis judicialibus, præprimis à sententia ordinis Wittebergensis Mens. Januar. 1697. ejusque rationibus decidendi *p.* 98. & 99. adductis. Quibus præmissis ipse vir illustris suum judicium addit *p.* 100 sequentem in modum: Secundum regulas jurisprudentiæ *judiciariæ* veriorem esse sententiam negantem, præsertim hodiernis moribus, quibus jurisdictio patrimonialis introducta sit, contra vero, si attendas ad prudentiam deliberativam & *legislatoriam*, eam extensionem tam æquam videri, ut digna sit, quæ & Principi serio suadeatur ac commendetur, ut eodem Autore abeat in Legem. Addit: Hoc loco quæri, quid dixerit senseritque Cæsar, non, quid porro rogatus dicturus fuisset. Secutum utique veneratumque esse Constantinum sacras litteras, quæ viduis aliisque miserabilibus personis maximopere faveant, earumque causas Principibus commendent, adeoque minus dubitandum esse, quin ipse; tanquam Christianorum Imperatorum primus forum privilegiatum, quod conceptis verbis indulserat actori, libenter ad Reum producturus fuisset, si quidem ea de re fuisset consultus. Vides adeo, quod mediante hac distinctione & ejus explicatione utraque sententia, tam affirmans, quam negans, conciliari & pro orthodoxa haberi possit.

§. VI.

Porro, quod alterum membrum, & quænam personæ in Lege nostra pro miserabilibus habeantur, attinet, tria saltem personarum genera in Lege nostra contineri arbitratur Gothofredus (1) pupillos, (2) viduas, (3) fortunæ injuria miserabiles, i. e. morbo fatigatos & debiles; adeoque secundum hanc Gothofredi sententiam pauperes & egeni privilegiis Legis nostræ uti nequaquam possent. Quamvis autem hæc doctrina videatur repugnare aperte regulis bonæ interpretationis, cum Imperator in altero Legis membro expressis verbis quartam classem miserabilium personarum memoret, quæ *fortunæ injuria miserabiles* factæ fuerint, adeoque non solum morbo fatigatos & de-

 biles

biles ſub hac generali locutione comprehendere voluerit, ſed etiam vel maxime pauperes: non difficilis tamen erit reſponſio ad hanc objectionem etiam ex regulis bonæ interpretationis petita. Nimirum contextus oſtendit, quod Imperator iisdem perſonis miſerabilibus proſpicere voluerit duplici privilegio. Cum igitur in parte prima privilegii ſaltem pupillorum, viduarum, & diuturno morbo laborantium vel debilium mentionem injiciat, & pauperes qua tales ad nullam harum trium claſſium referri poſſint, non præſumendum eſt, quod Imperator in ſecunda privilegii parte, ubi iterum expreſſum pupillorum vel viduarum mentionem facit, in verbis ſtatim ſequentibus *aliique fortunæ injuria miſerabiles* novum genus miſerabilium perſonarum, i. e. *pauperum*, prioribus tribus addere, & ſic primam partem privilegii ad tria genera reſtringere, ſecundam partem vero etiam ad pauperes extendere voluerit, cum alias, ſi hæc intentio Imperatoris fuiſſet, verbis expreſſis eam debuiſſet declarare. Quare ex juſta etiam ratione Gothofredus videtur *perſonas fortunæ injuria miſerabiles* accepiſſe non in lato ſenſu, ut pauperes etiam comprehendantur, ſed in ſtricto pro perſonis morbo fatigatis & debilibus. Cum tamen de pauperibus reliqui Doctores, ut Perez. Berger. & alii plures non dubitaverint, etiam in hac quæſtione parum conſtans fuit Gothofredus, & in fine horum ſententiæ acceſſit his verbis: Illud ſub finem addo: *Miſerabiles fortunæ injuria perſonas hac Lege vocari, quomodo & vocantur ab Honorio in cap. ex part. 15. X. de foro compet.* i. e. (*quod initium hujus Legis oſtendit,*) *debiles & valetudinarios, morbo fatigatos. Adde & Pauperes.* Sed mallem ut Gothofredus etiam rationem addidiſſet, cur à priore ſua ſententia receſſerit. Ergo & hic operam dabo, ut hunc defectum ſuppleam. Nimirum id videtur voluiſſe, etiam prius membrum privilegii de pauperibus eſſe intelligendum, etſi in eo expreſſa mentio pauperum nequaquam fiat, ſed ſaltem ægrotorum, cum rationes ejusdem aperte etiam in pauperibus obtineant, & evidenter abſurdum foret, ſi Imperator adverſariis pauperum voluerit indulgere, ut hi pauperes extra provinciam, ubi teſtes vel inſtrumenta ſunt, evocare, atque adeo illis hoc modo multas expenſas itineris & alia incommoda procurare potuerint. Quodſi tamen hæc ratio benevolo Lectori non ſufficiat, pro concilianda utraque ſententia, & adeo pro oſtendenda utriusque orthodoxia iterum adhibere poterit

poterit distinctionem inter prudentiam *judiciariam* & *legislatoriam*, secundum ea, quæ de hac distinctione in §. præced. distinctius fuerunt proposita.

§. VII.

Sed & hac ratione admissa forte & alii, expressis verbis in Lege nostra non memorati, personis miserabilibus erunt accensendi, atque adeo privilegia nostræ Legis ad eos etiam extendenda. Quare non injucundum credo erit, benevolo Lectori, si accuratam divisionem personarum miserabilium ipsi proposuero secundum doctrinam illustrissimi Bergeri, qui *p.* 94. *&* 95. docet, miserabiles personas intelligi, sive *actu* tales, ut sunt furiosi, muti, surdi, sive *habitu & potentia*, ut pupilli & viduæ. Ipsum autem Imperatorem distinguere miserabiles 1) ratione *ætatis*, eoque solos pupillos indicare; 2) ratione *sexus*, ubi viduas nominet; 3) Imperatorem generatim uti voce miserabilium personarum, eoque indicare *diuturno morbo fatigatos*, ut sunt illi, qui tabe, qui nodosa podagra, calculo renum aut vesicæ, & similibus chronicis morbis laborant, itemque *debiles*, quales sunt paralytici, herniosi, epileptici, claudi, ut & cœci, muti, surdi; porro *egenos*, id est, qui nihil habent, & quos ab aliis sustentari oportet; denique *pauperes*, i. e. qui parum habent, victumque duriter exercere coguntur. Istam vero descriptionem morbo fatigatorum, debilium, item egenorum & pauperum videtur hausisse Dn. Berger. ex Huberi §. 61. *&* 62. qui & eam rationem addit, cur beneficium Imperatoris non solum egenis, sed & illis qui solum pauperes sint, concedendum sit, quia scilicet Lex nostra illa ratione utatur, quod miserabiles itineribus sumptibusque non sint fatigandi, nec opibus potentiorum opprimendi. Etsi simul adjiciat, quod tamen plerumque, qui hoc beneficium affectant, jus miserabilium petant, quo à sportulis liberentur. Nec illud omittendum, quod observavit Rhetius *n.* 19. Mascardum & Menochium referre, quæ personæ miserabilium nomine veniant, quoniam tamen Doctores notante Hilligero illa privilegia nimium extendere soleant ad eas quoque personas, quas justum & æquum non admittat, veriorem videri sententiam Carpzovii, quod arbitrio judicis relinquendum sit, quænam personæ pro miserabilibus haberi debeant.

 §. VIII.

§. VIII.

Hoc vero præsupposito, cum & natura humani generis & experientia quotidiana doceat, quod uti Legum interpretes bona fide & ex singulari æquitate persuasi in explicandis Legibus opiniones communes contra communes produxerint, ita etiam arbitraria Judicum eodem modo variare soleant, facile prævideri potest, quod hoc pacto dissensas communis Dd. & Judicum cum efficacia non solum excusari, sed & defendi possit, quod utraque dissentientium opinio sit orthodoxa. Idque facile patebit, si jam consideremus quæstiones speciales de *miserabilibus personis*, & an iis beneficia Legis nostræ sint applicanda, considerare velimus, deprehendemus enim, & de pupillis, & de viduis, & de ægrotis, & de pauperibus, & denique de aliis personis hactenus non memoratis multas & prope infinitas exortas fuisse dissensiones, quarum tamen præcipuas saltem proponemus rationibus breviter adjunctis.

§. IX.

De *pupillis* equidem communiter consentiunt, quod per illos intelligantur impuberes, & quidem patre orbati & orphani, qui in lingua nostra Wäysen appellantur, etsi Brunnemannus *n.* 1. non sine ratione addat, quod ad talium pupillorum classem etiam pertineant *impuberes* à patre *emancipati*. Quamvis hæc ejus assertio hodie in praxi exiguum videatur habere usum, cum in Germania emancipatio illa Romana non sit recepta, & intuitu quasi emancipationis Germanicæ non soleant parentes eam admittere, si liberi sint impuberes.

§. X.

Illa vero quæstio magis vexata & variis rationibus à Dd. ventilata est: *An sub voce pupillorum etiam in Lege nostra intelligendi sint minores?* Nam v. g. Perez *n.* 3. paucis notavit, teste Covarruvia, praxin privilegium hoc extendisse ad minores patre orbatos. Paulo distinctius Huberus §. 61. rem proponit: videlicet de personis magis esse dubitandum, an extensionem recipiant. Equidem pupillos à puberibus, qui sub curatoribus agunt, differre, ex Institutionibus de statu hominum, notum esse; notum etiam esse, ea quæ à Lege speciali pendent, non recipere extensionem, sed tamen hoc privilegium ad mino-

minores annis viginti quinque produci indubitata fori nostri (id est Belgici) observantia receptum esse, etsi Doctores de eo non conveniant, uti monstret Sandius. Similiter provocat Feltman. *p.* 287. *n.* 14 ad plures Doctores, qui multis legibus & autoritatibus firment sententiam affirmativam, ipse vero Feltmannus præcipue ad illam rationem provocat, quod minores ob lubricum consilii judicium æque sint misericordia digni ac pupilli, & ita facile etiam ab aliis lædi possint, unde & Prætor peculiari edicto ipsis succurendum esse judicaverit *l.* 1. *ff. de minor.* Idem tamen Feltmannus memorat, quod hac ratione non obstante tribunal Frisiæ Belgicæ noluerit, intuitu dictæ Legis unicæ, intelligendos etiam puberes seu minores. Illustr. Berger. *p.* 94. istas rationes contra minores adducit, quod minores neque verbo speciali *pupillorum*, neque generali *miserabilium* contineantur in dicta Lege; non pupillorum, quia ordinatim, atque adeo inprimis in jure singulari distinguantur a pupillis minores; nec generali illo miserabilium, quoniam de miserabilibus ratione ætatis jam dixerit Imperator, & solos pupillos denominando, minores transmiserit. Atque ita de jure respondisse dicit Scabinos Lipsienses Mens. Jun. 1701. Addit etiam, istam rationem, jam ab Hubero adductam, quod Lex nostra contineat Jus singulare, hoc vero ultra personas ibi memoratas non esse extendendum. Ex dictis vero iterum apparet, quod utraque sententia sit orthodoxa, partim, quia utraque partim praxin seu arbitrium judicis, partim eruditum brocardicum pro se adducere valet. Illi qui minores in Lege nostra comprehendi statuunt, nituntur illo: *Ubi eadem est ratio, ibi quoque eadem est Legis dispositio;* contra isti qui minores excludunt, provocant ad brocardicum, quod *jura singularia & maxime privilegia non sint extendenda.*

§. XI.

Unde non mirandum, quod Dd. in alia quæstione eodem modo inter se dissentiant. *An scilicet in Lege nostra sub viduabus comprehendantur etiam virgines?* inprimis cum ad hunc dissensum non solum illa duo brocardica modo memorata occasionem dederint, sed & ex Jurisconsultis veteribus Romanis illustris Javolenus, utpote qui in *L.* 242. § 3. *de V. S.* disertis verbis ita pronunciavit: *Viduam non solum eam, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum*

rum non habuisset, appellari ait Labeo, quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde aut sanitate esset, similiter viduam sic dictam esse, sine duitate, i. e. ut Wissenb. *ad d. L.* 242. *n.* 14. declarat, à *ve* particula privativa & *duitate*; cum videlicet matrimonium sit *duorum*, viri & mulieris, inde sequi, ut, quæ sine ea duitate est mulier, vidua habeatur. Etsi igitur quæstionem propositam multi affirment, multi negent, quos recenset Wissenb. *dict. n.* 14. affirmativa tamen sententia frequentior est & prope communis, (id. Feltman. *p.* 185. *n.* 6. Brunnem. *n.* 8.) quæ etiam ipsi Wissenbachio *ad. d. L. un.* placuit, ut & Brunnemanno *n.* 2. 7. *&* 8. ubi simul provocat ad rationem Legis, & quod in virginibus æque ac in viduis adsit consilii inopia, imbecillitas sexus, & mariti, à quo defendantur carentia, unde etiam idem cum aliis ibi citatis Legem nostram *n.* 9. extendit ad maritatas, si illis vir sit inutilis. Quod vero eos attinet, qui quæstionem propositam negant, ea, quæ modo pro affirmativa adducta sunt, simul rationes suppeditabunt, cur in affirmativa illa non sint constantes, sed variis modis fluctuent, nec cordate agere soleant. Ipse Feltmannus *n.* 9. saltem notat, sententiam communem (quod virgines etiam in Lege nostra subintelligantur) à moribus suæ regionis, item à moribus Hollandis & Ultrajectinis alienam esse, & adeo suam gentem non nuptis beneficium *dict. Leg. un.* minime indulgere: Addit tamen illam limitationem, nisi forte *famulæ* sint, tenuiorisque fortunæ. Perez. *n.* 3. inclinat equidem ad negativam, sed tamen simul decisionem pro affirmativa arbitrio judicis relinquit. Grœnewegen. *n.* 2. 3. *&* 4. pro affirmativa sententia adducit *dict. Leg. de V. S.* eamque in Frisia esse receptam docet; addit tamen, negativam sententiam apud suos regulariter obtinere, quia in lingua Belgica sub voce *Wedven* minime denotentur eæ mulieres, quæ nunquam nuptæ fuerint, & quia ex communi usu loquendi nomina exaudiri debeant. Adjungit etiam usu loquendi nomina exaudiri debeant. Adjungit etiam limitationem, nisi mulier fortunæ quoque injuria miserabilis sit, aut alicujus potentiam perhorrescat, e. g. si famula contra Dominum sive magistrum suum judicio experiatur, aut si ab adversario se devirginatam atque imprægnatam conqueratur, atque infantis alimoniam petat, nam hoc casu Curiæ fundatam esse intentionem, multis Senatus præjudiciis definitum esse. Denique Huber. *n.* 60. ita de hac quæstione disserit: quod

Digitized by Google

quod plerique *d. Legem un.* etiam de virginibus intelligant propter *L. 242. de V. S.* cum tamen manifestum sit, allegatam Legem 242. etymologiæ magis, quam usui hominum convenire, ideoque hanc opinionem aliis displicuisse. Itaque olim Curiæ visum esse, puellam sui juris apud judicem domicilii conventam non posse fori declinatoriam opponere. Quodsi vero rationem adspicias, cur viduæ gaudeant hoc privilegio, scilicet quod defensore careant & negligantur, haud absurde forsan distingui posse inter virgines florentis ætatis, & vetulas, cum priores haud facile defensoribus carere deprehendantur, posteriores vero neglectui magis quam ipsæ viduæ sint expositæ: præsente tamen praxi vix esse, ut hæc distinctio valeat, cum secundum eam virgines etiam locupletes, quibus tamen non soleant deesse patroni, etiam hoc beneficio gaudeant.

§. XII.

Ergo jam consideremus etiam illam quæstionem, cujus mentionem in verbis modo memoratis fecit Huberus, nimirum, *an pupillis, viduis & virginibus, etiam si divites sint, privilegio L. un. uti liceat?* Plerique JCtorum affirmant. Ita enim Huberus *d. n.* 60. pergit, quod nec inter viduas pauperes aut locupletes distinguat Lex, neque distinguendum esse recte putent Interpretes. Eandem sententiam defendit Wissenbach. addito illo argumento, quod ratio Legis utrobique sit eadem, cum non solum pauperes, sed & divites commiseratione dignæ sint. Consentit Brunnem. *n.* 3. *&* 4. ob duas rationes, quia videlicet Lex non distinguat, & quia divites majori periculo sint expositæ. Item Berger. *p.* 94. quia divites non minus, imo magis invidiæ & injuriis sint obnoxiæ. Eandem rationem repetit Rhetius *n.* 24. Imo idem *n.* 26. putat, ne quidem *viduas Principum* vel *Comitum* hic exceptas esse, etsi contrarium statuat Carpzovius *lib.* 2. *tit.* 2. *resp.* 20. *n.* 27. ideo, quod tales viduæ non habeant causas perhorrescendi judicem inferiorem tanquam potentiorem. Sed hanc rationem non putat sufficere Rhetius, quia nimirum generaliter statuat Imperator, omnes viduas gaudere debere privilegiis dictæ Legis unicæ, *præsertim* cum potentiam perhorrescant, non vero restringat his verbis sensum Legis ad casus, *si* perhorrescant. Addit, quod Carpzovius non recte perceperit rationem sententiæ Senatus Appellationum,

ad quam provocet, cum in illa causa ideo contra viduam pronunciatum fuerit, quia vidua in illo casu Professorem habuerit adversarium, qui Clericorum & studiosorum privilegiis gaudeat. Præterea hactenus adducti Autores affirmativam sententiam defendentes non solum alios Doctores plures adducunt, sed & res judicatas non paucas, pro opinione ista facientes. Unde nec Feltman. *p.* 285. ausus est quæstionem propositam negare, sed solum post recensita *n.* 6. præjudiciorum & Autorum plurimorum exempla, sententiæ affirmativæ faventia, addit, ditioribus id beneficium negasse Electorem Brandeburg. atque eandem sententiam ratione viduarum amplecti alios quosdam JCtos, quos ibidem citat.

§. XIII.

Cum vero in loco modo adducto Rhetius etiam studiosorum fecerit mentionem, inde nova oritur quæstio: *An etiam studiosi comprehendantur sub personis miserabilibus & privilegiis nostræ Legis uti possint?* Affirmativam videtur amplecti Rhetius, dum *n.* 20. dicit, sana ratione studiosos, & qui eorum privilegia habent, eodem jure gaudere censendos esse, & ad defendendam hanc sententiam provocavit ad argumentum ex *Auth. habita C. ne filius pro patre* desumtum, cum ibi expresse dicatur: *quis non eorum misereatur?* Accedit, quod Strykius eandem sententiam appr[obet], dum in *Us. mod. ad Pandect. tit. de judic.* §. 31. refert, quod ita pro studioso fuerit pronunciatum in Camera Elector. Brandenburg. die 22. Martii anno 1650. quod ad primam instantiam remitti non debeat, sed possit mox adversarium in judicio Principis convenire. Cum autem dictæ sententiæ opponi posset, Authenticam illam plane non loqui de privilegiis Legis nostræ & de foro Principis, sed de foro Academico, (quod latius explicat Huberus *n.* 68. *seq.*) & hanc objectionem prævideret Rhetius, hinc non sine causa limitavit illam priorem assertionem suam *n.* 31. *seq.* quod ea cum moderamine intelligenda sit, scilicet, quod tunc, quando ratione patrimonii sui vel interesse privati alterius causa conveniantur, aut eodem intuitu ipsi conveniant, alios, si è re id esse videatur, ad summum Principem provocare, vel pro re nata à Rectore Magnifico statim ad Principem appellare possint. Neque differentiam esse ratione privati interesse, utrum conveniant, an conveniantur ipsi, modo studiosi, si cum Professore

pro

pro re nata vel ex causa licita agatur, debita cum reverentia se gerant, vel suscipiant litem: Professores enim ex Statutis & Legibus Principum ipsis parentum loco esse, erga quos modestia uti eo magis eos deceat, quo præ cæteris imbuti sint humanioribus litteris, quæ eos ad honestatem ducant, nec sinant esse feros. Verum si studiosi ad emendationem, vel ob excessum in pœnam aliquam ex Statutis Academicis debitam damnentur,* intempestivæ misericordiæ tribuendum esse, si provocationi facillime indulgeretur. Autoritate enim decenti & rigore prudenti disciplinæ eo magis opus esse, quo proniores in devia esse soleant adolescentes & juvenes. Si vero causa subesset, quod studiosus juste de sævitia vel omni defensione denegata apud Principem conqueratur, tum ipsis haud quaquam denegandum esse beneficium provocandi ad Principem. Neque enim rationi convenire, quod illi qui studiis operam dent, deterioris sint conditionis quam alii cives, quibus talia remedia in ejusmodi casibus, ejusmodi etiam remediis uti concesserint. Procul dubio enim Principes ob studiorum favorem & præstantiam serio curæ habere, ne injuriarum occasio fit, unde jus nasci debuisset *l. 6. C. unde vi.* Præterea etiam non sua saltem autoritate in hactenus dictis nititur Rhetius, sed & eum in finem provocat ad Matthæum Stephani, & Mevium.

§. XIV.

Neque solent Doctores etiam personas reliquas miserabiles, quibus privilegia *dict. Leg. un.* secundum hactenus dicta §. *VI. VIII. X. & XII.* generaliter competere asserunt, sine limitatione dimittere. Et cum adeo supra §. *X.* notaverimus, à plerisque JCtis beneficia Legis nostræ etiam tribui minoribus, hinc nova quæstio ortum duxit: *Utrum & prodigis, qui sub Curatoribus agunt, etiam indulgenda sint eadem beneficia?* Ita judicatum esse etiam pro ejusmodi prodigis refert Huberus *n. 60.* & simul notat, ab Autore qui id referat, pro ratione additum fuisse, quod ejusmodi prodigi, quantum ad fori privilegium attineat, pro miserabilibus personis sint habendi. Unde quis forte putare posset, etiam ipsum Huberum approbasse hanc sententiam affirmantem, cum ipse, secundum supra notata, Legem unicam etiam ad minores extenderit. Sed tamen hoc non obstante negativam sen-

tentiam & quidem ex his rationibus defendere maluit, quod extensio minime inverecunda sit, à pupillis procedere ad minores, sed ut ad majores prodigos, quibus ob nequitiam suam bonis interdictum est, idem favor producatur, nec verba Legis, nec rationem ferre. Neque admittendam esse rationem dissentientium, quasi & hi sint referendi ad classem miserabilium personarum. Nam si ad minores ægre, nec sine contradictione facta sit extensio, cum tamen ibi sit eadem ratio, & plerumque etiam adhuc alia de pupillis dicta ad minores etiam applicentur, multo minus eam extensionem ad prodigos extendendam esse, cum de his nequaquam affirmari possit, quod inter eos & pupillos sit similitudo, partim, quia nomen pupillorum in Lege nostra nihil habeat commune cum prodigo, partim, quia in minore locum habeat ætatis miseratio, quæ in prodigo non possit esse, nisi respectu nequitiæ &c.

§. XV.

Adeoque non mirandum, quod idem Huberus d. l. censeat, *viduis & puellis inhoneste viventibus privilegium Legis nostræ negandum esse*, idque etiam de cæteris privilegiatis intelligendum esse, cum Gailio & Antonio Matthæi statuat. Sub *cæteris privilegiatis* verosimiliter intelligit pauperes & ægrotos, utrum vero & pupillos, ac minores, dicere nequeo. Intelligit autem sub termino *inhoneste* viventium *luxuriose* viventes, quemadmodum hac voce utitur Brunnemann. *n.* 5. hoc intuitu cum Hubero consentiens. Similiter Rhetius *n.* 25. id misericordiæ intempestivæ accenset, si *meretrici*, qua talis, beneficium Legis nostræ indulgeretur, vulgo einer armen Huren, (quod tamen fecisse videatur Vivius, Neapolitanus,) cum misericordia non sit digna, quæ culpa sua se in misericordiam conjicit. Similis est assertio Feltmanni *n.* 7. *p.* 285. quod inter miserabiles personas, de quibus Lex nostra loquitur, non sint referendæ meretrices, licet hæ vere sint miserabiles, & licet alius JCtus joco magis quam serio adjecerit, ex usu hodierno meretrices à Magistratibus melius audiri.

§. XVI.

Porro cum ægroti & morbo defatigati ab Imperatore inter miserabiles personas referantur, & vero illi qui lue venerea laborant, non multum

multum à meretricibus differant; inde quæsitum est: *An & illis, qui lue venerea sunt infecti, competant privilegia Legis nostræ?* Non tamen simpliciter eos excludere voluit Huberus *n.* 61. sed ita distinguit: utrum contagione innocenti collecta sit lues, tunc enim non esse dubium, quin tunc competat iis beneficium Legis nostræ. Quodsi vero flagitiosa intemperie contracta sit, merito dubitandum esse; & tamen, si quis eo malo afflictus lecto, aut curationis necessitate subactus sit, tunc omnino eum inter miserabiles personas haberi debere. Sed quos hoc malum non prohibeat in medio versari, officiisque tralatitiis fungi, eos sub morbo fatigatis minime esse comprehendendos.

§. XVII.

Quod in specie pauperes concernit, non conveniunt Doctores, *an illis prosit Lex unica, qui culpa pauperes facti?* Equidem Perez. *n.* 3. hac de re non dubitat, sed quæstionem affirmat, eumque in finem etiam provocat ad consentientem Covarruviam. Similiter Huberus *n.* 63. notat, circa eos, qui paupertate aliave miseria premantur, non distingui, quod ad Legis hujus usum attinet, quibus causis conciliata sit, atque hoc modo etiam pronunciasse Curiam suam in causa cujusdam mercatoris Harlingani, qui bonis exhaustus contra veteres socios apud Curiam ex hoc privilegio acturus, exceptionem passus fuerit, quod sua culpa rebus prosperis ev[illegible]tus esset, à Curia tamen, non habita ratione hujus exceptionis ad [illegible] privilegii fuerit admissus. Contra Rhetius *n.* 25. eos, qui culpa sua se præcipites dederent in paupertatem, ut mercatores & alios bona decoquentes, statuit indignos esse privilegio Imperatoris Constantini, eosque cum meretricibus comparat, ac pro se etiam Trentacinquium allegat. Forte tamen conciliare poteris Doctores in decisione hujus quæstionis dissentientes, si distinguas inter eos qui dolo malo pauperes fiunt, muthwilligt Banquerotirer, & qui in sola culpa fuere constituti, aut si nec hæc distinctio similiter placuerit, si ulterius distinguas inter culpam latam, levem ac levissimam.

§. XVIII.

Restat ut videamus de quæstionibus affinibus, quæ non amplius

us sollicitæ sunt de ipsis personis miserabilibus, sed de aliis Legis nostræ extensionibus vel restrictionibus. Ubi initio occurrit quæstio: *An locum habeat provocatio miserabilium personarum ad supremum judicium, si rei quos convenire volunt, etiam sint personæ miserabiles, & adeo æque privilegiati?* Circa hanc quæstionem Perez. notat *n.* 4. Christinæum quidem quæstionem affirmare, nullo tamen fundamento, cum potius contrarium verius sit, propter regulam vulgarem, quod privilegiatus contra æque privilegiatum privilegio suo uti nequeat, ut adeo, quando duo privilegiati concurrant qui pares sunt in privilegio, tunc mutuo concursu se impediant, adeo ut tunc pro privilegiatis non habeantur *l.* 11. *§. fin. ff. de minor.* proinde actorem privilegiatum, rei æque privilegiati forum sequi debere. Atque hanc negativam etiam defendere Covarruviam. Consentit etiam Wissenbach, simul explicans, quosnam intelligat esse æque privilegiatos, scil. si pupillus pupillum, vidua viduam prima instantia ad Curiam evocare velit. Consentit porro Brunnem. *n.* 17. addita tamen limitatione *n.* 19. nisi una persona sit alia magis privilegiata, quemadmodum viduas, orphanos, magis privilegiatos esse, quam Scholares tradat Salgado. Grœnewegen *n.* 6. 7. & 8. distinguit casus diversos 1. Si quæstio non sit de æque privilegiatis, ut si *v. g.* vidua contra mariti pupillos de dote agat, dubitari non debere, quod tum provocare cum effectu possit. 2. Quodsi vero inter æque privilegiatos, e. g. inter pupillos controversia sit, tum equidem privilegium cessare, & actorem rei forum sequi debere, ac ita in Senatu Parisiensi judicatum esse referri à Mornacio, idque constanti stylo in Frisia receptum esse, tradere Sandium; contrariam tamen sententiam apud suos obtinere, eamque multis Curiæ Hollandiæ præjudiciis confirmatam esse: Addit etiam Grœnewegen pro hac posteriore sententia tres rationes: (1) quia hoc privilegium alteri non inferat grave præjudicium, in Curia enim non tantum actori pauperi, sed & reo diviti æqua lance justitiam administrari: (2) quia hoc privilegium primam instantiam tollat adeoque & lites diminuat, id quod etiam ad officium judicis pertineat: (3) quia actor certet de damno vitando, scilicet impensis, molestiis atque vexationibus prioris instantiæ. Feltmann. *n.* 9. *p.* 286. etsi obscurus sit, ut fere nescias, utrum affirmativæ an negativæ opinioni adhæreat, inprimis cum & ipse ad doctrinam Grœnewegii provocet,

Digitized by Google

vocet, si tamen paulo attentius ejus verba consideres, videtur in verbis: *Et quidem recte*, approbasse sententiam negantem, scilicet, quod contra æque privilegiatos non locum habeat privilegium, cum statim post illa verba ad Perezium provocet. Accedit etiam sententiæ neganti Huberus *n.* 65. etsi in casibus, ubi vidua cum minore, vel milite, vel studioso controversiam habeat, iterum variet & distinguat.

§. XIX.

Similis dissensus Doctorum occurrit in quæstione: *An personæ miserabiles privilegio Leg. unicæ renunciare possint*? Perez *n.* 5. refert, esse, qui existiment, miserabiles personas huic privilegio, utpote in Corpore juris inserto, renunciare non posse, cum illud in misericordia sit fundatum, habeaturque non privato favore, sed pro Jure publico. At verius esse, addit Perez, hoc privilegium renunciatione tolli posse *arg. l. pen. C. de pact.* cum non tam publicæ quam miserorum privatæ utilitatis causa id sit indultum, neque obstare, quod miserabilium personarum non fiat menti[illegible] *in d. L. penult.* nam sufficere debere, quod Justinianus ibi loquatur de ejusmodi personis privilegiatis, quæ jus habent alios evocandi, à quibus cum nihil differant miserabiles personæ, nullum etiam diversum jus statuendum esse. Huic sententiæ accedit Wissenbach, qui tamen simul quosdam dissentientes citat, qui renunciationis hujus efficaciam negent; Atque cum his negantibus etiam consentit Brunnem. *n.* 16. cujus sententiam quoque sequitur illustris Berger. *p.* 96. Huberus *n.* 66. præmissa breviter mentione Doctorum in hujus quæstionis decisione dissentientium, distinguit, utrum personæ miserabiles alias capaces sint juris cum effectu renunciandi, an non sint, si non sint, tum nec renunciationem hujus privilegii effectum habituram. Quodsi vero capaces [illegible], nihil obstare, quominus huic beneficio, utpote in quo merus eorum favor versetur, renunciare queant, idque non tantum expresso consensu, sed & tacite, litem contestando cum adversariis, aut apud inferiorem Judicem, si ipsi agant, aut apud supremum, quando vocentur. Cumque tacita illa submissio vim renunciationis indubitatam habeat, simul eandem argumentum præbere, quod ab illis etiam expressa possit fieri renunciatio, quæ tamen ab iis quoque disputetur, qui tacitam renunciationem

tionem negare non possint. Etsi vero Huberus non denominet personas miserabiles, quæ alias sint capaces cum effectu renunciandi, facile tamen mentem ejus intelligere poteris, si modo consideres, quod ad classem illorum, qui talium renunciationum sint incapaces, referat saltem pupillos atque minores. Et quidem, cum de pupillis nullum subesse possit dubium, quia horum renunciationes sint ipso jure nullæ, de minoribus hanc addit rationem, quia renunciationes suas semper mediante restitutione in integrum eludere possint. His præmissis forte etiam intelligere poteris, quænam circa hanc quæstionem fuerit sententia Feltmanni *n.* 13. *p.* 286. *Renunciari posse*, inquit, *isti privilegio, sive expresse, sive tacite prorogando jurisdictionem inferiorem tribunalis alii negant, quos inter* Chokier, *cui quidem applaudit chorus foro operantium (quorum quatuor allegat) at affirmat* Perez, *cujus opinionem nos sequimur, si tacite renuncient prorogando jurisdictionem judicis inferioris & apud eum litem absolvendo, ne alias tot sententias rescindi necesse sit, licet* Chokier *nullam admittat prorogationem.* Vides, Feltmannum accedere quidem sententiæ Perezii; cum tamen hic renunciationis tacitæ plane non faciat mentionem, Feltmannus vero ejus mentionem adjiciat, hinc lectorem hic reddit ambiguum, utrum saltem quæstionem de tacita, an etiam de expressa affirmare velit. Imo nova obscuritas inde oritur, cum Feltmannus intuitu tacitæ hujus renunciationis diserte talis prorogationis exemplum afferat, si apud judicem inferiorem lis fuerit absoluta, &c. ut nescias an Feltmannus etiam ad renunciationem tacitam referre voluerit, si persona miserabilis litem saltem cœperit coram judice inferiore, aut litem ibi fuerit contestata, etsi lis nondum fuerit absoluta.

§. XX.

Scilicet præsupponit certo respectu quæstionem de valore renunciationis expressæ, quæstio alia à Dd. mota: *An personæ miserabiles possint uti privilegio provocandi ad judicium Principis, si jam coram Judice inferiore lis ab iis fuerit cœpta?* Quodsi enim sponte se ibi stiterint, & ita semel forum judicis inferioris agnoverint, videntur tacite renunciasse beneficio Legis nostræ. Cum autem jam in §. præcedente adductum fuerit, quænam de tacita hac renunciatione opinio sit Huberi, & suo modo Feltmanni, ac simul ibi retulerim, illustr. Bergerum negare

Digitized by Google

re valorem expressæ renunciationis in casu Legis nostræ, hinc facile colligi potest, quam sententiam circa hanc quæstionem de lite coram judice inferiore cœpta amplexus fuerit. *Nimirum statuit (p. 96. ubi simul alios Autores passim citat) miserabiles personas etiam lite coram judice ordinario cœpta & citatione parti adversæ insinuata, mutare consilium & adversarium ad summum judicem evocare posse, refusis tamen reo expensis, modo causa subsit, atque appareat, ejusmodi personas non vexandi adversarii animo judicium cœptum translatum velle. Rationem inprimis eam esse, quia foro miserabilium personarum privilegiato renunciari non possit, partim quia hic simul versetur favor tertii, scilicet superioris, partim, quia ob pietatem & favorem misericordiæ concessum sit forum: Hinc verius æque ac receptius esse, hac renunciatione nihil agi. Quamvis autem alibi* Brunnemannus *vereatur, ut ob litis pendentiam quis hoc de quo jam quæritur, sit obtenturus, tamen experientiam forensem testari, idem illud tam ægre ac difficulter, quam quidem* Brunnemannus *putet, non obtineri.* Hoc tamen non obstante idem vir illustris cordate refert (*Supplem. I. p.* 21.) Facultatem Wittebergensem Mens. Febr. 1683. plane aliter & hunc in modum respondisse: Seyd ihr mit Lamprechts nächsten Freunden wegen eines Hauses in Streit gerathen, worüber sie den Rath eures Orts imploritet, ihr aber, daß ihr dawider gehöret, und zu solchem Ende ein Termin angesetzet werden möchte, gebeten und erhalten. Nachdem nun die Lamprechtische Freunde nicht erschienen, und ihr derselben Ungehorsam beschuldiget, müsset ihr vernehmen, daß sie unter dem Vorwand, daß sie personæ miserabiles wären, die Sache an die Fürstliche Regierung zu ziehen sich unternehmen, rc. Wann nun gleich denen Personis miserabilibus in Rechten zugelassen, daß sie alsbald unmittelbarer Weise die hohe Landes-Fürstl. Obrigkeit angehen, und Derselben ihre Nothdurfft vorstellen mögen, dahin auch das Gegentheil sich zu verfügen, und daselbst ohne vorhergehende Erkäntniß erster Instantz Recht zu nehmen schuldig ist; D. a. u. D. die Lamprechtische Freunde bey dem Rath eures Orts allbereit Recht gesucht, die Sache auch vor demselben so weit gebracht worden, daß auf eure eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung erkannt werden sollen: hierüber eurem Vorgeben nach auf eurer Seite gleichfals personæ miserabiles stehen; So erscheinet daraus, daß die Lamprechtische Freunde diese Sache an die Fürstl. Cantzley zu ziehen nicht befugt, son-

dern solche vor dem Rath auszuführen schuldig. Confer. *jam supra notata §. 10.*

§. XXI.

Sequuntur quæstiones aliæ quæ *litis consortes* item *heredes personarum miserabilium & cessionarios* respiciunt. Quod *litis consortes* attinet, refert illustr. Bergerus *p.* 100. valde æquam visam fuisse affirmativam Collegio Wittebergensi, ut Anno 1700. Mens. Octob. pronunciaverint, etiam litisconsortes miserabilium personarum ob causæ continentiam eodem privilegio nostræ Legis unicæ frui posse (Conf. etiam Brunnem. *n.* 16.) Unde de *heredibus* personarum miserabilium minus dubitarunt Doctores, quod & his competant privilegia Legis unicæ, etiamsi ipsæ alias non sint personæ miserabiles v. g. si pupillis & viduis succedant heredes majorennes & masculi cujuscunque generis sive divites sive pauperes) eumque in finem provocarunt *arg. l. 6. ff. de jure fisci.* Quam sententiam approbat & ita judicatum esse refert Grœnewegen *n.* 8. cum quo consentit Feltmann. *n.* 8. *p.* 286. Quod *cessiones* attinet, circa eas non ita conveniunt JCti: Huberus *n.* 64. distinguit duplicem casum, videlicet 1) utrum *personæ miserabiles suum jus cesserint aliis,* & 2) *utrum miserabiles, si habeant cessionem à non miserabilibus, beneficium ex sua persona habeant.* Quod *primum casum* attinet, respondet, *non esse intelligendam quæstionem de hoc privilegio solo, verum ut accessione juris alterius. Nam ut pupillus, vidua, pauper, aliis non miserabilibus faciant privilegii sui copiam, id non habere speciem usus. Quodsi vero ponatur casus, mulieri deberi centum ex mutuo, quos alii cum mandato in rem suam cedat, & tum quæratur, an cessionarius debitorem prima instantia ad supremum judicem vocare possit, tunc videri distinguendum esse, an actione directa an utili experiatur. Si illa, cum agat ex mandato nomine cedentis nihil hærendum esse, quin eodem jure possit uti, quo ipse per se mandator agens uteretur; quodsi autem utatur actione utili, cum hæc fiat ex titulo proprietatis, emptionis, donationis, aut simili, sine mentione mandati, consentaneum esse, quod huic beneficio non sit locus, arg. l. 68. & l. 169. de R. J.* Quod autem *posteriorem casum* concernit, Huberus quæstionem de eo propositam affirmandam videri ait, idque sic judicatum esse à curia suprema, nec esse dubium, si actor miserabilis utili actione suo nomine sit usus, secus autem videri, si directa vi mandati nomine

mine cedentis expertus fuerit. Porro in decisione *prioris* casus cum Hubero consentit Feltmannus *n.* 8. *p.* 285. etsi eum non ita distincte proponat ut Huberus. Quoad *posteriorem* autem dissentit ab Hubero Grœnewegen *n.* 8. ubi diserte ait, fallere hoc privilegium, si personæ privilegiatæ agant ex actione cessa, sive tanquam procuratores in rem suam.

§. XXII.

Sed & ratione variarum causarum Doctores privilegium Legis nostræ partim extendunt, partim restringunt. Ita idem Grœnewegen *n.* 9. ait, fallere privilegium in *causis parvis*, id est, quæ in urbibus centum, in pagis vero quinquaginta florenorum summam non excedant, scilicet si tam actor, quam reus in eodem territorio lares foveant: postea tamen 24. Martii 1644. statutum esse, ut idem obtineat, etiamsi actor & reus sint diversi fori. Porro idem Grœnewegen *n.* 10. pergit, fallere privilegium, quando de *ratiociniis* agatur. Rationes enim in eo loco reddi debere, ubi negotia gesta sunt, in quo & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possint documenta præstari *l.* 1. *&* 2 *C. ubi de ratiocin.* Sed hoc non obstante prima instantia coram Hollandiæ Curia à pupillo in jus vocari posse tutorem, ut in loco tutelæ gestæ sive domicilii rationes reddere condemnetur. Ulterius in causis *criminalibus* etiam privilegium Legis nostræ locum habere putat Brunnemannus *n.* 16. Tandem nec *in litibus de feudo* cessaturum remedium Legis unicæ asserit Feltmann. *n.* 17. *p.* 287. ubi simul provocat ad Rhetium. Hic enim *in Comment. ad Jus feudale lib.* 1. *tit.* 10. *verb. per pares Curiæ p.* 365. ita scribit: *Nec in causa feudali Legem un. Cod. quando Imperator &c. cessare arbitror. Fateor quidem, pares Curiæ hoc casu, quando inter Dominum & Vasallum controversia versatur, competentes Judices esse, & omnino ordinariam jurisdictionem habere &c. Sed inde non sequitur, quod feudale jus ideo hoc miserabilibus personis tributum remedium exclusum iverit. Sic hodie itaque in causa feudali superior Dominus, vel Princeps territorii à talibus personis miserabilibus arg. d. L. un. adiri valeret.* vid. Carpz. *lib.* 2. *resp.* 19. *n.* 14. *seq.* Fridericus à Sande *quidem asserit dictæ Legi unicæ moribus derogatum esse, sed illud, uti palam innuit, de moribus ejus provinciæ intellectum voluit.* Hactenus Rhetius. Adde, quod jam supra *in Sect. II.* §. 3. notatum fuerit, Fride-

ricum à Sande ideo negare, quod personæ miserabiles in Geldria in causis feudalibus possint beneficio Legis nostræ uti, quia in Geldria generaliter derogatum sit dictæ Legi unicæ. Denique nec illud omittendum, quod illustr. Bergerus *p.* 95. notaverit, miserabilium personarum verbo non comprehendi *universitates*, quamvis hæ pupillos pariter & viduas complectantur, imo ne *pias causas* quidem, nisi pauperes, quemadmodum summus provocationum Senatus censuerit anno 1704. quia nimirum jus quod dicta Lege unica continetur, singulare sit, quod ultra personas ibidem commemoratas minime sit proferendum *arg. l.* 14. *de Leg. cap.* 7. *de privil. in* 6 Idem tamen *Supplem.* 2. *p.* 78. *seq. notat*, contrarium observari Jure Magdeburgico secundum quod *piæ causæ* etiam beneficio *d. L. un.* uti possint, & quidem indistincte, sive actoris, sive rei partes sustineant; ubi simul refert sententiam Facultatis Juridicæ Wittebergensis secundum hanc constitutionem Magdeburgicam de anno 1707.

§. XXIII.

Non injucundum autem credo futurum, si hac occasione ipsa verba sanctionis Brandenburgicæ hic adjiciam ex publicata Anno 1696. declaratione & emendatione ordinationis Processus Magdeburgicæ, præprimis ideo, quod ex illis pateat, retentam quidem in genere fuisse praxin Legis nostræ, sed tamen quoad ejus extensionem & restrictionem placuisse Autori sæpius eandem, sæpius vero aliam sententiam, quam quæ placuit JCtis hactenus §. 14. seq. recensitis. Hæc igitur sunt *dictæ ordinationis* verba *Cap.* 1. §. 12. So viel das Forum armseliger Personen, und Piarum causarum, als Wittwen, sie seyen reich oder arm, Jungfrauen, ob sie gleich majorennes, Waysen, Leute, so von der Hand des HErrn gerühret, Kirchen, Schulen, Klöster, Collegiorum, so über die Respicirung derer zu denen Studiis gewidmeten Intraden gesetzet, in causis civilibus anreichet, sie vertreten Kläger oder Beklagten Stelle, wenn sie auch gleich mit andern privilegirten Personen streitig sind, mögen zu Unserer Magdeburgischen Regierung ihre Zuflucht wohl nehmen, es wäre denn, daß die Untergerichte beständig hergebracht, daß sie auch in solcher armseliger Personen Sachen Cognition haben. Auf solchen Fall, oder da sie bey denen Untergerichten schon geklagt,

klagt, oder sich als Beklagte eingelassen, soll die Sache daselbst entschieden werden, und das Beneficium *L. unica C. quando Imperator inter pup.* wie auch in Peinlichen Fällen, Injurien und Handwercks-Sachen nicht statt finden. Nec omittendum est judicium illustr. Bergeri *dict. Part. 2. p. 81. Ceterum*, inquit, *non est praetereundum temperamentum, quod in laudata ordinatione Magdeburgica adjectum legitur, scilicet, forum illud privilegiatum exulare 1) in causis criminalibus; 2) in causis injuriarum; 3) in causis opificiorum. Ex quibus elucet, magna judicii cura & solicitudine articulum illum de foro privilegiato miserabilium personarum in foro Magdeburgico concinnatum esse.*

§. XXIV.

Non omittenda est decisio novæ quæstionis: *An non per Novellam 86. Lex unica, de qua disputamus, tacite abrogata sit?* Scilicet Justinianus in *dict. Novell. 86. cap. 1.* id privilegium, quod miserabiles personæ à Constantino concessum hactenus habuerant, generaliter omnibus provincialibus concessit, ne extra provinciam suam trahantur aut evocentur, ne quidem ad tribunal Principis, nisi in casu, quo Judex provincialis non servat litigantibus justitiam, aut eam facere detrectat, negotium differendo. Hoc tamen non obstante putat Perez *n. 6.* hac generali constitutione nequaquam derogatum esse privilegio specialiter miserabilibus personis indulto, ut ad Principis comitatum trahere adversarium possint, quia non speciei per genus, sed generi per speciem in toto jure derogetur *l. 80. ff. de R. I.* Addit etiam Perez jus Pontificium insuper personis miserabilibus concedere, ut ad Judicem ecclesiasticum confugiant, si à laico jus suum consequi nequeant, *c. ex tenore 11. X. de foro compet.* aut si agant judicio possessorio *c. ex parte 15. X. eod. tit.* Paucis: videtur post *Novellam 86. cap. 1.* non amplius opus esse privilegio à Constantino miserabilibus personis concesso (quod etiam observavit Brunnem. *n. 12.* quamvis idem addat, hoc tamen speciale adhuc esse, quod in dicta Lege nostra dicatur, ne quidem Rescripto personas miserabiles ad Principem evocari posse.) Interim tamen posterius privilegium miserabilium personarum ipsis ex Lege unica competens per hanc Novellam non esse abrogatum, sed hujus intuitu Novellam continere regulam, dictam vero Legem unicam exceptionem.

§. XXV.

Denique cum juramentum perhorrescentiæ Jure canonico inventum fuerit, eum in finem, ut tam actor quam reus possit recusare Judicem tanquam suspectum, etiamsi nulla causa, cur Judicem suspectum habeant, allegata & probata fuerit (quod distinctius explicat & probat illustr. Bœhmerus *de Jure eccles. protest. lib. 2. tit. 2. §. 72. seq.*) inde nova quæstio inter JCtos fuit orta: *An etiam personæ miserabiles adversarios suos ad forum Principis evocare possint absque præcedente præstatione juramenti perhorrescentiæ?* Ad quam respondet Feltmannus *cap. 9. p. 43.* negando, ex illa ratione, quod in Lege nostra privilegium evocandi non negetur in genere personis miserabilibus, si non perhorrescant potentiam sui adversarii, sed quod saltem in Lege nostra dicatur: *præsertim &c.* adeoque hæc vocula non sit restrictiva, sed ampliativa. Cum itaque in adversarii potentia fundamentum evocationis ponere non cogantur personæ miserabiles, frustra requiri, ut jurent, se eum perhorrescere. Et quamvis in Regno Neapolitano usu forensi contrarium videatur esse receptum, in Germania tamen absque juramento perhorrescentiæ personas miserabiles dimissis Judicibus inferioribus ad Principes aliosque Imperii ordines quibus subjectæ sunt, provocare posse, esse certissimum, (quem in finem citat Neuenhahn, Carpzovium, Brunnemannum & Dan. Gehe) ac simul testatur, se compertum habere, quod re ipsa in Clivia & aliis Germaniæ regionibus ista sententia obtineat. His rationibus Feltmanni videtur etiam prima fronte addi posse & alia, quod videlicet juramentum perhorrescentiæ inventum sit propter suspectum Judicem, non vero contra potentem adversarium, ad quem tamen respiciunt verba Legis nostræ, *præsertim cum alterius potentiam perhorrescant.* Sed tamen, si autorem juramenti perhorrescentiæ, Bonifacium VIII. & ejus constitutionem de novo hoc invento respicias, *in cap. 11. §. cum vero de rescript. in 6.* expressis verbis disponitur ibidem, juramentum perhorrescentiæ etiam locum habere, si quis sui adversarii potentiam perhorrescat, quem casum, quomodo sit intelligendus, explicat Feltmann. *cap. 8. p. 41.*

SE-

SECTIO III.

Sententia heterodoxa, de æquitate cerebrina dicta Legis unicæ, ejusque exiguo usu practico.

SUMMARIA.

1. *Connexio. Cur in hac sententia nulli allegentur Autores?*
2. *Æquitatem Legis unicæ non probari ex communi consensu, deficiente ratione.*
3. *Neque probari ex scriptura sacra, de cura pupillorum, viduarum &c. loquente.*
4. *Multo minus per assertionem, quod primus Imperator Christianus ejus Autor fuerit.*
5. *Probatio æquitatis cerebrinæ intuitu privilegii primi.*
6. *Intuitu secundi.*
7. *Monita quædam de Christianismo & singulari pietate Constantini.*
8. *Cur de controversiis Doctorum circa Legis interpretationem hic non fusius agatur?*
9. *Videri quidem impossibile, ut quis neget frequentem usum practicum Legis.*
10. *Sed tamen non deesse heterodoxis probationes ratione privilegii primi.*
11. *Rationi secundi.*
12. *Item responsiones ad objectiones orthodoxorum.*

§. I.

Dixi supra in *Sect. I. §. 5.* quod post expositionem sententiæ orthodoxæ de singulari æquitate Legis nostræ ejusque usu frequenti practico, in Sectione tertia proponere velim sententiam heterodoxam, & quid forte alii proferre possint, ut probent, æquitatem dictæ Legis unicæ maxime cerebrinam, ejusque usum practicum, si non plane nullum, certe tamen exiguum esse, adeoque nunc ordo postulat, ut videamus,

im

in quo consistat sententia illa heterodoxa. Cum tamen ibidem non sine causa dixerim, me hic allaturum esse, quid *forte alii dicere possint*, non vero, quid alii jam dixerint, inde non postulabit à me Lector benevolus, ut, quemadmodum in præcedente Sectione in singulis paragraphis feci, ita & hic ad autoritatem Doctorum & Jureconsultorum celebrium provocem. Vix enim unum aut alterum deprehendere potui, qui vel expresse, quamvis satis generaliter, de singulari æquitate Legis nostræ dubitaverit, vel etiam nulla mentione facta privilegii miserabilium personarum à Constantino Imperatore ipsis indulto, quasdam rationes dubitandi saltem de ejus æquitate genuina suppeditaverit, quorum adeo mentio fiet in Sectione ultima, quæ meam sententiam de hac controversia exhibebit. Uti vero communiter fieri solet, ut in omnibus quatuor facultatibus Academicis singulæ fere doctrinæ communes tam fundamentales, quam quæ inde profluunt, deprehenderint omni tempore adversarios, qui varia protulerunt argumenta & rationes, orthodoxas doctrinas oppugnantes, ita & hic summatim proponam ejusmodi rationes & argumenta, quæ contra sententiam orthodoxam de æquitate Legis nostræ proferri possint, quas in ultima Sectione examinabo, utrum, & quomodo refutari queant.

§. II.

Initio dicere poterunt dissentientes, non sufficere, quod doctrina de singulari æquitate Legis unicæ ejusque frequenti usu practico communiter defensa fuerit & adhuc defendatur. Idem enim factum fuisse hactenus in quæstionibus aliis earumque decisionibus communiter receptis, & tamen evidentibus rationibus ostensum fuisse à quibusdam earum æquitatem cerebrinam & exiguum usum practicum, v.g. totius juris Justinianei, SCti Vellejani, Legis Anastasianæ, Legis 2. Cod. de resc. venditione; sufficere in præsenti materia, quod defensores sententiæ communis nullam possint proferre rationem firmiter concludentem, sed quod potius rationes in Sectione præcedenti allatæ vel principium petant, vel evidenter falsæ sint.

§. III.

Quod enim *in Sect. II. §. 2.* ex Scriptura sacra pro justificanda æquitate

tate Legis unicæ allatum fuit argumentum, potius evidenter probare cerebrinam æquitatem dictæ Legis. Etsi enim pupillorum, viduarum, pauperum, ægrotorum sæpissime in Scriptura fiat mentio, exinde tamen nullum posse formari argumentum, pro ostendenda æquitate Legis nostræ, ad quod non etiam facillime responderi queat. Nam commendantur equidem viduæ, pauperes, ægrotantes, pupilli, sed ad nullum alium finem, quam ut opera misericordiæ intuitu consilii, operarum modicarum, eleemosynarum, & administrationis justitiæ secundum dictamen rectæ rationis ipsis exhibeantur: Ex quo sequitur, ut hæc commendatio non extendenda sit ad misericordiam irrationalem, aut ad personas hactenus nominatas indistincte, sed ut utrobique considerari debeat, an illa opera misericordiæ conveniant rectæ rationi, an ei repugnent, item an pauperes, viduæ &c. sint misericordia dignæ, an coercitione vel pœna. Ita quod prius attinet, commendantur quidem in Scriptura eleemosynæ & alia opera misericordiæ, item prompta justitiæ administratio, non vero commendatur, ut earum intuitu novus plane & irregularis processus introducatur, in earum personarum favorem & odium reliquorum civium, multo minus, ut semper in favorem harum miserabilium personarum sententia definitiva pronuncietur, etiamsi earum actiones aut exceptiones omni justitia destituantur. Porro etsi in Scriptura regulariter indefinite fiat mentio pupillorum, viduarum, pauperum &c. nequaquam tamen istas indefinitas locutiones habendas pro universalibus, condentur etiam pupilli & viduæ divites eleemosynis non indigentes, item pauperes & mendici coercitione & ergastulis digni, item viduæ avaræ, voluptuosæ, ambitiosæ variis emendationis generibus in viam redigendæ.

§. IV.

Porro cum etiam Ethnici ex dictamine rectæ rationis perceperint, in quibus casibus opera misericordiæ erga pupillos, minores, viduas, virgines, pauperes &c. locum habeant, atque adeo etiam JCti quorum fragmenta in Pandectis leguntur, & Imperatores Romani ante Constantinum, quorum Constitutiones in Codice extant, jura singularia ex dictamine rectæ rationis profluentia & in ipsa Scriptura sacra repetita intuitu personarum memoratarum jam observaverint;

de foro autem privilegiato earum nemo eorum mentionem fecerit, neque ratio aut Scriptura ejusmodi forum privilegiatum suadeat aut præcipiat, ridiculum foret, si quis pro demonstranda Legis unicæ æquitate singulari *ex* §. 2. *Sect. II.* repetere velit, quod Constantinus Magnus primus Imperator fuerit, qui fidem Christianam publice fuerit professus, & quod in promulgatione Legis unicæ præcepto Religionis Christianæ satisfacere & misericordiam erga personas in dicta Lege memoratas duplici privilegio ibi recensito exercere voluerit, cum illa assertio evidenter committat petitionem principii, si non prius probaverit, Religionem Christianam ista privilegia præcipere, aut saltem commendare, quod tamen secundum hactenus dicta nunquam facere potuerit.

§. V.

Etsi vero, his ita præmissis, non opus esse videatur, ut à dissentientibus proferantur rationes, æquitatem cerebrinam Legis Constantinianeæ demonstrantes, cum sufficiat, à defensoribus Legis non posse probari, quod aut recta ratio aut Scriptura præcipiat vel suadeat peculiare forum concedi debere personis miserabilibus, non deerunt tamen rationes illis, qui heterodoxam sententiam defendere volunt, quibus eam demonstrare possint. Nam quod *primum* privilegium concernit, pupillos, viduas vel morbo fatigatos & debiles, non esse evocandos ad comitatum Imperatoris extra suam provinciam, si conveniantur, urgebunt verosimiliter, ejusmodi evocationem etiam aliarum personarum quarumcunque in prima instantia ad forum Principis fuisse vel juri convenientem, vel injustam. Si fuerit injusta, genuinam æquitatem postulasse, ut illa evocatio plane tolleretur; quodsi justa fuerit, nullam adductam fuisse à Constantino rationem sufficientem, cur talis evocatio cessare debeat in pupillis, viduis & aliis personis in Lege unica recensitis. Pro ostendenda injustitia afferri posse, quod alias constitutio duplicis fori (inferioris & superioris) frustra introducta fuisset, & contra principia utilitatis publicæ, quod tamen nemo sanæ mentis defensurus sit, cum potius recta ratio suadeat, ut demum per appellationem, aut per justam allegationem suspecti Judicis causæ quæcunque judiciales a judice inferiore devolvantur ad forum Principis. Quodsi vero justa fuerit evocatio quarumcunque personarum

Digitized by Goo

fonarum ad forum Principis, rationes à Constantino adductæ, cur illa cessare debeat in personis, quarum meminit Lex unica, evidenter sunt insufficientes & cerebrinæ. Etsi enim Imperator *instrumentorum & testium in provinciis primæ instantiæ existentium* mentionem faciat, & Doctores *in Sect. II.* §. 2. circa finem allegati ejus mentem sic declarent, ne personæ miserabiles cogantur testes & instrumenta magnis impensis evocare extra provinciam, & ne sic vexarentur ipsæ magnis sumptibus & itineris periculis, tamen huic declarationi opponi poterit 1) non opus esse ut *personæ miserabiles*, si ab aliis conveniantur, ipsæ compareant in comitatu Imperatoris, adeoque magnis sumptibus & itineris periculis vexentur, sed posse eas constituere Procuratores in comitatu Principis jam existentes, eosque paucis informare in scriptis de exceptionibus tam dilatoriis quam peremtoriis ipsis competentibus. 2) Quod *testes* attinet, nec horum intuitu necessarium fuisse, ut testes ipsi magnis sumptibus compareant in comitatu Imperatoris, sed potuisse eorum testimonia etiam deponi coram judice primæ instantiæ, eaque postea transmitti ad comitatum Imperatoris, ut simile examen testium hodienum fieri solet, etiam in controversiis judicialibus, quæ tractantur coram judice primæ instantiæ, quoties testes, quibus vel actor vel reus uti vult, existunt in alio loco, sive intra sive extra territorium sito. Adeoque maxime verosimile esse, quod vera & genuina ratio hujus privilegii primi fuerit illa, quam *in fin. d.* §. 2. *Sect. II.* mysticam vocavimus, nempe quod pupillis & viduis forte non evidentem justitiam pro se allegare valentibus, sed exceptionibus controversi juris aut difficilis probationis forte utentibus, ita auferretur prima instantia. Sed & hæc tamen ratio parum proderit defensoribus sententiæ orthodoxæ, cum pariter evidens & palpabile sit, ejusmodi exceptiones controversi juris & difficilis probationis tales manere, sive à reis in prima sive in secunda instantia proponantur. Quod si urgeas, tamen hoc intuitu miserabilibus prodesse beneficium primæ instantiæ, ut hoc pacto processus non ita finiatur brevi tempore, sed causa diutius ab ipsis protrahi possit, haud dubie regerent heterodoxi, quod non præsumendum sit, Constantinum in illo privilegio miserabilibus concesso protractionem litium tacite approbare voluisse, cum ejusmodi protractio evidenter repugnet utilitati publicæ, & cum Doctores, etiam sententiam orthodoxam defendentes, statuant, pro

 mise-

miserabilibus personis neque à judice primæ instantiæ neque à Principe pronunciandum esse, si causa eorum justitia destituatur; vid. Rhetium n. 42. seq. Denique 3) quod *instrumenta* concernit, non apparet, sub quo prætextu defensores sententiæ orthoxæ dicere possint magnos sumptus regulariter requiri ad productionem instrumentorum in judicio supremo &c.

§. VI.

Eadem fere dicenda sunt ad monstrandam æquitatem cerebrinam privilegii secundi, dum nempe Imperator personis miserabilibus concessit potestatem evocandi adversarios ad comitatum suum. Nam hic iterum repetent defensores sententiæ orthodoxæ argumentum præcedens. Aut evocatio adversarii regulariter justa est aut injusta. Si justa, cur non concessit Imperator etiam potestatem aliis ut & hi miserabiles personas evocarent. Si injusta, cur dedit hoc privilegium miserabilibus? Nam præcepta misericordiæ ex ratione & Scriptura sacra deducta, nunquam inculcant, in favorem personarum miserabilium invenienda esse privilegia injusta. Nec obstat quod Imperator in hoc privilegio adhibuerit verba: *præsertim, cum alterius potentiam perhorrescunt*, cum JCti secundum supra dicta §. 12. *Sect. II.* jam notaverint, his verbis non restringi privilegium secundum, sed potius extendi. Adde quod tum, cum perhorrescunt personæ miserabiles, potentiam *alterius* (ex justa videlicet causa) tum ille *alter* vel est judex, vel eorum adversarius. Si *judex*, tum jam satis ipsis prospectum est per exceptionem aut querelam suspecti judicis; si eorum *adversarius*, tum plerumque hæc potentia eo se extendit, ut hic adversarius etiam in aula Principis vel Imperatoris potens sit, aut multos fautores habeat. Et quid si adversarii miserabilium, si ab his conveniantur, & ad forum Principis evocentur, utantur exceptione, quam juris interpretes *in Sect. II. §. 2.* in miserabilibus personis probarunt? injustum videlicet esse, ut cogantur testes & instrumenta, quibus in defensione uti voluerint, magnis impensis evocare extra provinciam, vel ut ipsi vexentur magnis sumptibus & itineris periculis comparare in aula Principis? Quod si denique miserabiles personæ urgere forte velint, sine justa causa earum adversarios timere violentiam aut injustitiam in foro Principis, cum tamen secundum notata *in Sect. II. §. 1. & 2.* in aulis principum

Digitized by

pum nec violentiæ locus detur, nec avaritiæ vitia formidentur, respondebunt haud dubie adversarii, partim quærendo, cur non obstante hoc brocardico ipsi miserabiles tamen non comparere velint in aulis Principum, si ab adversariis eo evocentur? partim provocando ad naturam communem humani generis & quotidianam experientiam, avaritiam & violentiam hinc inde æque regnare in judiciis Principum, ac in judiciis inferioribus primæ instantiæ. Neque hic distinguendum esse cum JCtis orthodoxis *in Sect. II.* §. 2. inter judicia Principum Ethnicorum & Christianorum, vel inter judicia Principum hæreticorum & γνησίως orthodoxorum. sed hæc vitia & olim & hodie tantum non ubique deprehensa esse, & adhuc passim deprehendi.

§ VII.

Hæc vero omnia, cum tantum non in sensus incurrant, non opus erit, ut expectemus responsiones subtiles heterodoxorum ad assertionem illam *in Sect. II.* §. 2. orthodoxorum, quod Constantinus Magnus primus ex Imperatoribus fidem Christianam publice professus fuerit & pietati Christianæ maxime dederit operam ac singulari pietate commotus hanc ipsam Legem unicam in favorem pupillorum & aliarum personarum miserabilium promulgaverit. Nam facile prævideri potest, eos (præter ea quæ jam præced. §. 4. attulimus) responsuros esse, ab ipsis non posse postulari, ut ostensa jam satis æquitate cerebrina totius Legis, se detineant in refutandis his assertionibus, inprimis cum sint aut meræ petitiones principii aut evidenter falsæ; cum hactenus à multis eruditis & potissimum à JCtis ostensum fuerit, Constantinum Magnum vel nihil minus fuisse, quam pium, sed Imperatorem flagitiosum, imo ne quidem γνησίως orthodoxum, cum per rixas orthodoxorum & Arrianorum ita confusus fuerit redditus, ut tandem ipse nesciverit, an doctrina Concilii Nicænian Arrianorum hæresis pro veriore sit habenda? Quin imo per ipsius imprudentiam & distinctionem inter potestatem Ecclesiæ internam ac externam cœpisse Clerum (etiam orthodoxum) fundamenta jacere se eximendi à potestate & imperio Magistratus Politici, & pro lubitu potentia Principum tanquam brachio seculari utendi & abutendi ad quamcunque tyrannidem exercendam. Interim concedi posse JCtis, communem sententiam de æquitate Legis no-

ſtræ defendentibus, (ſecundum notata *in Sect. II.* §. 2. quod valde ſit veroſimile, quod ſuaſu cujusdam Epiſcopi hæc Lex fuerit condita & ab homine à Clero dependente concepta; utrum vero ille vir optimus ex ſtupiditate (vide ſupra *in Sect. II.* §. 4.) an ex aſtutia ſenſum Legis noſtræ tam obſcure propoſuerit, ut circa ejus explicationem tot diſſenſiones inter JCtos fuerint ortæ, parum intereſſe. Id ſaltem eſſe veroſimile, ſucceſſu temporis Clerum Pontificium (haudquaquam ex ſtupiditate, ſed ex prudentia ſerpentina) ex diſpoſitione hac Legis noſtræ, occaſionem ſumſiſſe, perſonis miſerabilibus concedendi privilegium, ut ſub prætextu, quod à Judice laico jus ſuum conſequi nequeant, confugiant ad Judicem eccleſiaſticum *cap. ex tenore* 11. *X. de foro compet.* (conf. ſupra dicta §. 4.)

§. VIII.

His ita deductis non opus erit, ut de ſingulis quæſtionibus controverſis circa intellectum Legis noſtræ ejusque tam explicationem quam applicationem in Sectione II. à §. 4. ad finem Sectionis diſtincte propoſitis, etiam adducam, quid circa ſingulas earumque rationes decidendi ibidem adductas ab heterodoxis moneri poſſit. Cum enim ſecundum brocardicum non legulejiſticum, ſed rationi conveniens, acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis, facile patet, quod oſtenſa evidenter æquitate cerebrina Legis totius, fruſtranea foret diſquiſitio & ad quæſtionem principalem non pertinens, ſi heterodoxi examinare velint, quænam interpretatio Legis cum regulis doctrinæ logicæ de genuina interpretatione magis conveniat, & quis JCtorum hac parte inter ſe diſſentientium, meliores rationes pro ſua opinione adſtruenda attulerit. Interim diffiteri non poſſum, quod non paucæ & hic occurrant obſervationes, quæ mereri videbantur, ut & de his meam ſententiam breviter aperiam. Sed cum in hac Sectione nondum quæſtio ſit de mea ſententia, ſed de ſententia heterodoxa eorum, qui forte ſingularem æquitatem ipſius Legis impugnare velint, hoc intuitu à me poſtulari nequit, ut illa monita in hac Sectione proponam, ſed æquius erit, ut eadem reſerventur Sectioni ultimæ.

§. IX.

Igitur in hac Sectione nihil amplius reſtabit, quam ut Lectori dubium

Digitized by Google

dubium forte ex lectione rubricæ oriundum tollam, in qua continetur, quod etiam in hac Sectione expositurus sim sententiam heterodoxam de exiguo usu practico Legis nostræ. Hic enim non dubito, quin multis, cum hæc verba legerent, in mentem venerit, de frequenti usu practico Legis nostræ neminem sanæ mentis dubitare posse, cum jam *in Sectione II.* §. 3. apodictice & plus quam mathematice fuerit demonstratum, usum Legis nostræ practicum non esse quidem in omnibus regnis & provinciis Europæ, quæ Jure Justinianeo utuntur, plane universalem, sed tamen pene universalem. Adde quod in paragraphis sequentibus, qui variorum explicationes Legis nostræ proponunt, sæpius quidem mentio fiat, quod una explicatio in praxi hujus loci, altera vero in praxi alterius loci obtineat; sed tamen & hæc observatio tantum abest ut probet non usum Legis nostræ aut ejus usum contrarium, ut potius evidenter confirmet doctrinam orthodoxam de usu practico Legis nostræ tantum non universali.

§. X.

His tamen non obstantibus firmiter mihi persuadeo, quod defensoribus sententiæ heterodoxæ non defuturæ sint responsiones ad objectiones modo memoratas, & quidem non paucæ. Et hæ quidem videntur esse duplicis generis, quarum unum intendet ad oculum monstrare veritatem assertionis in rubrica hujus Sectionis propositæ, secundum respondebit objectionibus orthodoxorum. Quod primum attinet, præsuppono, quod de usu practico Legis nostræ hodierno sermo sit, vel certe esse debeat non de usu practico antiquorum temporum. Hoc vero præsupposito concedent heterodoxi, quod primum quidem privilegium viduarum &c. (in quo jubetur, ne viduæ &c. statim ab actoribus evocentur ad forum secundæ instantiæ, sed conveniri debeant coram judice ordinario) hodie sit in viridi observantia, sed addent tamen, hanc observantiam non deducendam esse ex dispositione Legis nostræ, in qua beneficium hoc indulgebatur, per modum exceptionis; sed potius ex Legibus hodiernis aut observantia communi, secundum quam in genere & quoad regulam rei cujuscunque generis, adeoque & personæ non miserabiles, debent in prima instantia conveniri coram Judice competente ratione fori domicilii vel contractus, vel rei sitæ. Adde, quod etiam secundum

cundum doctrinam communem JCtorum supra §. 29. adductam respectu privilegii primi non ulteriore probatione videatur esse opus, cum ibidem ostensum fuerit, quod post Justiniani *Novellam* 86. *cap.* 1. privilegio primo miserabiles personæ non amplius opus habeant.

§. XI.

Quod vero secundum privilegium attinet, secundum quod personis miserabilibus conceditur exceptio à regula modo dicta, quod ipsæ videlicet possint evocare adversarios, contra quos actiones velint instituere, dicere poterunt heterodoxi, se quidem & hic concedere, quod personæ miserabiles possint uti beneficio Legis unicæ, sed ad demonstrandum usum practicum hoc non sufficere, sed exemplis opus esse, quæ doceant, personas miserabiles actu ipso privilegio illo fuisse usas, aut adhuc frequenter uti. At vero rarissima in praxi hodierna occurrere exempla hujus usus actualis, & non deesse rationes palbabiles, quæ doceant cur hic usus non sit facile præsumendus. Cum enim tam materialia quam formalia processus hodierni communiter nesciantur ab actoribus & reis, & adeo præ reliquis personæ miserabiles in processibus suis uti debeant consiliis eruditorum Advocatorum & Procuratorum, & quidem in foro primæ instantiæ, subsistentium, non credendum est, hos personis miserabilibus consilium daturos esse, ut adversarios suos statim conveniant in judicio supremo, cum hoc pacto ipsi Procuratores vel Advocati perdituri sint accidentia vel sportulas aut honoraria, quæ alias ipsis à personis miserabilibus solvenda essent, si processus in foro primæ instantiæ institueretur. Nec deerunt ipsis rationes verosimiles, persuadendi personis miserabilibus ipsos consulentibus & forte ab aliis de privilegio Legis nostræ informatis, ut hujus privilegii usum aut praxin nec ipsæ desiderent anxie. Vel enim actio consulentium est justa & evidens, aut injusta vel difficilis probationis. Priori casu urgebunt Advocati, sperandum esse actoribus vel actricibus, etiam in prima instantia sententiam definitivam illis valde favorabilem futuram, sive Judex eam sit pronunciaturus, sive collegium juridicum. Nam judicem primæ instantiæ esse virum maxime honestum, pium, erga viduas, virgines &c. valde misericordem, earumque fautorem &c. Quod si vero

vero justam suspicandi causam habeant, judicem magis favere parti adversæ, tum secundum praxin hodiernam judicem (inprimis partibus urgentibus) obstrictum esse, ut Acta integra mittat ad Collegia juridica, ab iisque sententiam petat. At Collegia juridica omnia (sive sint Scabinatus, sive Facultates juridicæ, sive alio nomine veniant) constare ex pluribus membris & Assessoribus, quorum, si non omnes, certe plerique sint fautores omnis generis miserabilium personarum, ægrotorum, pauperum, pupillorum, præ cæteris vero virginum & viduarum. Posteriori casu, & si causa miserabilium personarum forte sit injusta aut difficilis probationis, dicere poterunt Advocati primæ instantiæ, non sperandum esse, ut Advocatus in Curia Principis constitutus, favorabilem sententiam pro personis miserabilibus ibi sit obtenturus, cum hic de circumstantiis minimis ad justitiam causæ pertinentibus non sit informatus, nec etiam ab ipsis ita facile & absque impensis possit perspicue informari; quod si vero actores aut actrices ipsos Advocatos consilium hoc dantes in aulam mittere velint, tunc clientes impensas adhuc majores debere impendere, quam si adversarios in prima instantia convenirent; neque Judicem primæ instantiæ clientibus debere esse suspectum; adeoque etiam in his casibus expectandam esse potius sententiam primæ instantiæ, ac tum demum, si contra actores vel actrices sit pronunciatura, per appellationem avocandam esse causam ad judicium superius. Ut alias multas rationes taceam, quibus Advocati miserabilium personarum uti possunt, ad dissuadendum personis miserabilibus, ne adversarios suos conveniant statim in foro Principis, e. g. adversarios suos vel ideo, quia potentiores sint, in aula majores habere patronos quam in prima instantia, aut certe utrobique majores deprehensuros esse fautores, quam personæ miserabiles ibi sperare possint: item: dissensum JCtorum circa Legis nostræ explicationem occasionem daturum, ut, si clientes privilegio hoc uti velint, propter hunc dissensum majorem litis protractionem timere debeant, quam si omissa Lege unica adversarios suos conveniant secundum regulam in foro competente primæ instantiæ: porro: in multis judiciis superioribus vel Curiis Principum usitatum esse modum procedendi multo diuturniorem, quam qui communiter receptus est in judiciis inferioribus primæ instantiæ, e. g. quod ibi singula partium scripta communicentur partibus adver-

ſis, ut ipſi iterum in ſcriptis (& non viva voce, ut fieri ſolet in judiciis inferioribus) reſpondeant; ut ratione ſingulorum ſcriptorum multæ dilationes impetrari & dari ſoleant, ita ut vix intra biennium aut triennium ſententia interlocutoria ibi expectari poſſit: ut taceam frequentiora ibi eſſe, quam in judiciis inferioribus, tentamina fruſtranea amicabilis compoſitionis &c.

§. XII.

His præmiſſis addent heterodoxi, nihil minus per rationes præced. §. 9. allatas probatum eſſe, quam praxin frequentem privilegii hujus ſecundi. Nam ſimplex approbatio & explicatio Legis alicujus ex Jure Juſtinianeo multo minus probare poteſt uſum practicum Legis in foro, quam ſi quis ex eo, quod v. g. prohibitio poculorum ſalutis extet in Receſſibus Imperii, probare vellet ejus Legis uſum practicum, aut quod Procuratores domini litis fiant, quoad uſum praxeos hodiernæ, poſt litem conteſtatam, quia & hujus dominii litis fiat mentio in dictis Receſſibus. Nec obſtat, quod Doctores orthoxi etiam provocent ad Reſponſa Collegiorum juridicorum, aut ad ſententias judiciales. Nam Reſponſa non probant praxin actualem Legis noſtræ, ſed potentialem ſaltem: ſententiæ vero definitivæ probabunt utique uſum practicum actualem; ſed tamen non adeo frequentem, verum rariſſimum & qui forte præſupponat vel imprudentiam vel ſtupiditatem Advocati, qui perſonis miſerabilibus conſilium dedit, ut adverſarium ſuum abbreviandæ cauſa ſtatim Curia Principis conveniret, cum tamen praxis pene univerſalis & quotidiana doceat, moribus hodiernis non ſolum reorum eſſe fugere (i. e. non optare celerem proceſſus finem) ſed & actorum. Quodſi vero etiam concederem, praxin eſſe frequentem circa quæſtiones controverſas de ſenſu Legis noſtræ, tamen exinde non probaretur uſus frequens Legis noſtræ. Lex noſtra in privilegio ſecundo intendit abbreviationem litis, dum miſerabilibus perſonis conceſſit primam inſtantiam in Comitatu Imperatoris. At diſſenſus Doctorum in tot quæſtionibus, (ut modo jam in antecedentibus fuit obſervatum) dat occaſionem litis protractionibus ſæpe majoribus, quam ſi perſonæ miſerabiles actiones ſuas inſtituiſſent in foro primæ inſtantiæ. Ceſſante ergo eviden-

Digitized by Google

evidenter fine & intentione Legis, necessario etiam inde sequitur, cessare ipsius Legis genuinum usum practicum.

SECTIO IV.

Mea sententia de singulari æquitate d. Leg. un. ejusque usu practico.

SUMMARIA.

1. *Rationes necessitantes ad defendendam sententiam heterodoxorum.*
2. *Accedente tamen autoritate paucorum JCtorum.*
3. *Objectio de æquitate cerebrina sententiæ nostræ.*
4. *Ad quam respondetur.*
5. *Aliud monitum.*
6. *Explicatio de sensu terminorum sententiæ orthodoxa & heterodoxa; item æquitatis singularis.*
7. *Corollaria quædam de genuino sensu Legis unicæ.*

§. I.

Nihil amplius restat, quam ut jam proponam sententiam meam de singulari æquitate Legis unicæ ejusque usu practico. Hinc optarem equidem ut possem salva conscientia, aut clarius loquendo, salva ratione sana adhærere sententiæ orthoxæ à tot JCtis celeberrimis usque ad præsens tempus defensæ. Hinc etiam factum est, ut bona fide in Sectione II. excerpserim diligenter eorum doctrinas de singulari æquitate Legis nostræ ejusque explicatione ac usu frequenti practico. Operam etiam dedi, ut non tanta diligentia meditarer & inquirerem in rationes, quæ alicui in mentem venire possent, qui à communi illa JCtorum doctrina forte recedere vellet, sed ut quasi superficiarie in Sectione III. saltem eas in chartam conjicerem, quæ statim se offerrent, sperans fore, ut postea profundiore meditatione adhibita, rationes istæ heterodoxæ sententiæ, non cum magna difficultate rejici ac ita veritas doctrinæ orthodoxe à me defendi possit. Cum etiam deprehenderem, rationes istas etsi à me superficiarie pro-

positas, non tamen ita esse superficiarias, ut facile & prompte removeri possent, iterum cœpi evolvere JCtos doctrinam orthodoxam defendentes, an forte in illis quicquam reperire possem, cujus ope istas rationes aut ratiocinationes heterodoxas refutare possem. Sed & hac parte omnis labor meus fuit frustraneus, unde etiam supra aliquoties dixi, JCtos parum sollicitos fuisse ut æquitatem Legis unicæ ejusque usum frequentem probarent, sed potius utrumque hoc assertum tanquam rem indubiam præsupposuisse. Jam quid facerem? Ipsa necessitas me hoc pacto coëgit, ut tamdiu approbarem sententiam heterodoxam, (videlicet, Legem illam Constantini de privilegiis miserabilium personarum niti æquitate mere cerebrina, ejusque usum practicum esse valde exiguum) donec alii mihi suppediaturi sint argumenta dictamini rectæ rationis haudquaquam repugnantia, quibus defendere possim sententiam orthodoxorum, & refutare efficaciter rationes & assertiones heterodoxorum.

§. II.

Neque tamen diffiteri possum, quod eo magis in hoc proposito defendendi sententiam heterodoxam confirmatus fuerim, postquam deprehendi Dominum Præsidem non solum *in Notis ad Lancellottum nota* 153. *ad libr*. 3. *p*. 1359. dubitasse de justitia & æquitate dictæ Legis unicæ, & ibi quasdam, quamvis paucas, rationes suppeditasse, ex quibus æquitas cerebrina illius Legis ostendi queat, sed etiam in Disputatione *de æquitate cerebrina Legis* 2. *Cod. de rescind. vendit*. assertiones quasdam proposuisse, quibus sententia heterodoxa vel confirmari, vel certe illustrari possit. Huc pertinet potissimum, quod *in cap*. 1. §. 6. notatum fuerit, ex *L*. 91. §. 3. *de verb. obl*. celebres Romanorum JCtos, Paulum & Celsum, jam agnovisse, in quæstionibus de æquo & bono plerumque sub autoritate juris scientiæ perniciose errare; Quod *ibidem* §. 10. *seq*. monstraverit, æquitatem cerebrinam esse vel legislatoriam, vel consultatoriam, vel judicialem, & hanc ultimam iterum esse vel theoreticam vel practicam; Quod *ibid*. §. 14. probaverit, Doctoribus Academicis libertatem esse relinquendam, ut vel in lectionibus, vel in disputationibus etiam ipsarum Legum æquitatem secundum dictamen rectæ rationis examinent; Quod *ibid*. §. 18. observaverit, quod æquitatis cerebrinæ promotores præcipui

cipui fuerint Theologi Pontificii & Canonistæ post introductas Academias; (quæ observatio illustratur *ex ejusdem nota* 16. *ad Melchioris von Osse* **Testament** *p.* 44. ubi ostendit, Canonistas æquitatem cerebrinam & æquitatem laicalem habuisse pro Synonymis) quod *cap.* 2. §. 11. *nota n.* notaverit, Autorem Novellarum Reip. liter. multa proposuisse, quæ firmiter persuadeant, à Constantini M. tempore etiam Patres ecclesiæ maximos, & vel ipsum magnum Augustinum velut data opera ignorasse doctrinam justi & æqui; Denique quod *in eod. cap.* 2. §. 12. & 13. satis perspicue ostenderit, ad minimum à posteriori probari æquitatem cerebrinam Legis alicujus, (vel ex jure Justinianeo vel ex Canonico) si interpretes in ejus expositione valde inter se dissentiant. Præter Dn. Præsidem etiam deprehendi Huberum *in auspiciis domesticis oratione* 7. 8. & 9. rationes aliquot suppeditare, quæ differentias indicant inter æquitatem cerebrinam & genuinam, ex quibus orationibus nonnulla ad scopum præsentem facientia excerpsit Dn. Præses *in Notis ad suas Orationes Academicas*, & quidem *ad Orat.* 1. *not. t. p.* 81. *nota x. & y. p.* 90. *seq. nota aa. p.* 105. *nota rr. p.* 127. *nota z. p.* 153. De Constantino M. quod sponte se Clero subjecerit, rem in summa proposuit Dn. Præses *nota bb. ad Orat.* 3. *p.* 510. Atque sic puto me etiam servasse promissionem §. 31. de indicandis in hac Sectione Autoribus, qui mihi quasdam rationes pro sententia heterodoxa suppeditaverint.

§. III.

Cave tamen ne mihi objicias, quod ipse potius reus sim æquitatis cerebrinæ, cum non solum statuam, Legem Constantini esse nullius momenti, sed etiam cum ex mea sententia videatur sequi, non solum Legem Constantini esse abrogandam, etsi Lege publica hodie sit recepta, sed etiam ipsos JCtos in Collegiis Juridicis debere pronunciare contra dispositionem illius Legis, quorum vel antecessores eandem unanimiter approbaverint, vel etiam ipse Princeps in Lege publica ejus usum & modum explicandi introduxerit. Etsi enim quædam assertiones hic propositæ sequantur ex mea sententia, non tamen omnes inde deduci possunt, & quæ inde profluunt, nequaquam me reum faciunt æquitatis cerebrinæ. Quare opus est, ut ad hanc objectionem distincte respondeam.

miserabilibus personis neque à judice primæ instantiæ neque à Principe pronunciandum esse, si causa eorum justitia destituatur; vid. Rhetium *n.* 42. *seq.* Denique 3) quod *instrumenta* concernit, non apparet, sub quo prætextu defensores sententiæ orthoxæ dicere possint magnos sumptus regulariter requiri ad productionem instrumentorum in judicio supremo &c.

§. VI.

Eadem fere dicenda sunt ad monstrandam æquitatem cerebrinam privilegii secundi, dum nempe Imperator personis miserabilibus concessit potestatem evocandi adversarios ad comitatum suum. Nam hic iterum repetent defensores sententiæ orthodoxæ argumentum præcedens. Aut evocatio adversarii regulariter justa est aut injusta. Si justa, cur non concessit Imperator etiam potestatem aliis ut & hi miserabiles personas evocarent. Si injusta, cur dedit hoc privilegium miserabilibus? Nam præcepta misericordiæ ex ratione & Scriptura sacra deducta, nunquam inculcant, in favorem personarum miserabilium invenienda esse privilegia injusta. Nec obstat quod Imperator in hoc privilegio adhibuerit verba: *præsertim, cum alterius potentiam perhorrescunt*, cum JCti secundum supra dicta §. 12. *Sect. II.* jam notaverint, his verbis non restringi privilegium secundum, sed potius extendi. Adde quod tum, cum perhorrescunt personæ miserabiles, potentiam *alterius* (ex justa videlicet causa) tum ille *alter* vel est judex, vel eorum adversarius. Si *judex*, tum jam satis ipsis prospectum est per exceptionem aut querelam suspecti judicis; si eorum *adversarius*, tum plerumque hæc potentia eo se extendit, ut hic adversarius etiam in aula Principis vel Imperatoris potens sit, aut multos fautores habeat. Et quid si adversarii miserabilium, si ab his conveniantur, & ad forum Principis evocentur, utantur exceptione, quam juris interpretes *in Sect. II.* §. 2. in miserabilibus personis probarunt? injustum videlicet esse, ut cogantur testes & instrumenta, quibus in defensione uti voluerint, magnis impensis evocare extra provinciam, vel ut ipsi vexentur magnis sumptibus & itineris periculis comparare in aula Principis? Quod si denique miserabiles personæ urgere forte velint, sine justa causa earum adversarios timere violentiam aut injustitiam in foro Principis, cum tamen secundum notata *in Sect. II.* §. 1. & 2. in aulis principum

pum nec violentiæ locus detur, nec avaritiæ vitia formidentur, respondebunt haud dubie adversarii, partim quærendo, cur non obstante hoc brocardico ipsi miserabiles tamen non comparere velint in aulis Principum, si ab adversariis eo evocentur? partim provocando ad naturam communem humani generis & quotidianam experientiam, avaritiam & violentiam hinc inde æque regnare in judiciis Principum, ac in judiciis inferioribus primæ instantiæ. Neque hic distinguendum esse cum JCtis orthodoxis *in Sect. II.* §. 2. inter judicia Principum Ethnicorum & Christianorum, vel inter judicia Principum hæreticorum & γνησίως orthodoxorum, sed hæc vitia & olim & hodie tantum non ubique deprehensa esse, & adhuc passim deprehendi.

§. VII.

Hæc vero omnia, cum tantum non in sensus incurrant, non opus erit, ut expectemus responsiones subtiles heterodoxorum ad assertionem illam *in Sect. II.* §. 2. orthodoxorum, quod Constantinus Magnus primus ex Imperatoribus fidem Christianam publice professus fuerit & pietati Christianæ maxime dederit operam ac singulari pietate commotus hanc ipsam Legem unicam in favorem pupillorum & aliarum personarum miserabilium promulgaverit. Nam facile prævideri potest, eos (præter ea quæ jam præced. §. 4. attulimus) responsuros esse, ab ipsis non posse postulari, ut ostensa jam satis æquitate cerebrina totius Legis, se detineant in refutandis his assertionibus, inprimis cum sint aut meræ petitiones principii aut evidenter falsæ; cum hactenus à multis eruditis & potissimum à JCtis ostensum fuerit, Constantinum Magnum vel nihil minus fuisse, quam pium, sed Imperatorem flagitiosum, imo ne quidem γνησίως orthodoxum, cum per rixas orthodoxorum & Arrianorum ita confusus fuerit redditus, ut tandem ipse nesciverit, an doctrina Concilii Nicænian Arrianorum hæresis pro veriore sit habenda? Quin imo per ipsius imprudentiam & distinctionem inter potestatem Ecclesiæ internam ac externam cœpisse Clerum (etiam orthodoxum) fundamenta jacere se eximendi à potestate & imperio Magistratus Politici, & pro lubitu potentia Principum tanquam brachio seculari utendi & abutendi ad quamcunque tyrannidem exercendam. Interim concedi posse JCtis, communem sententiam de æquitate Legis no-

ſtræ defendentibus, (ſecundum notata *in Sect. II.* §. 2. quod valde ſit veroſimile, quod ſuaſu cujusdam Epiſcopi hæc Lex fuerit condita & ab homine à Clero dependente concepta; utrum vero ille vir optimus ex ſtupiditate (vide ſupra *in Sect. II.* §. 4.) an ex aſtutia ſenſum Legis noſtræ tam obſcure propoſuerit, ut circa ejus explicationem tot diſſenſiones inter JCtos fuerint ortæ, parum intereſſe. Id ſaltem eſſe veroſimile, ſucceſſu temporis Clerum Pontificium (haudquaquam ex ſtupiditate, ſed ex prudentia ſerpentina) ex diſpoſitione hac Legis noſtræ, occaſionem ſumſiſſe, perſonis miſerabilibus concedendi privilegium, ut ſub prætextu, quod à Judice laico jus ſuum conſequi nequeant, confugiant ad Judicem eccleſiaſticum *cap. ex tenore* 11. *X. de foro compet.* (conf. ſupra dicta §. 4.)

§. VIII.

His ita deductis non opus erit, ut de ſingulis quæſtionibus controverſis circa intellectum Legis noſtræ ejusque tam explicationem quam applicationem in Sectione II. à §. 4. ad finem Sectionis diſtincte propoſitis, etiam adducam, quid circa ſingulas earumque rationes decidendi ibidem adductas ab heterodoxis moneri poſſit. Cum enim ſecundum brocardicum non legulejiſticum, ſed rationi conveniens, acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis, facile patet, quod oſtenſa evidenter æquitate cerebrina Legis totius, fruſtranea foret diſquiſitio & ad quæſtionem principalem non pertinens, ſi heterodoxi examinare velint, quænam interpretatio Legis cum regulis doctrinæ logicæ de genuina interpretatione magis conveniat, & quis JCtorum hac parte inter ſe diſſentientium, meliores rationes pro ſua opinione adſtruenda attulerit. Interim diffiteri non poſſum, quod non paucæ & hic occurrant obſervationes, quæ mereri videbantur, ut & de his meam ſententiam breviter aperiam. Sed cum in hac Sectione nondum quæſtio ſit de mea ſententia, ſed de ſententia heterodoxa eorum, qui forte ſingularem æquitatem ipſius Legis impugnare velint, hoc intuitu à me poſtulari nequit, ut illa monita in hac Sectione proponam, ſed æquius erit, ut eadem reſerventur Sectioni ultimæ.

§. IX.

Igitur in hac Sectione nihil amplius reſtabit, quam ut Lectori dubium

Digitized by Google

dubium forte ex lectione rubricæ oriundum tollam, in qua continetur, quod etiam in hac Sectione expositurus sim sententiam heterodoxam de exiguo usu practico Legis nostræ. Hic enim non dubito, quin multis, cum hæc verba legerent, in mentem venerit, de frequenti usu practico Legis nostræ neminem sanæ mentis dubitare posse, cum jam *in Sectione II.* §. 3. apodictice & plus quam mathematice fuerit demonstratum, usum Legis nostræ practicum non esse quidem in omnibus regnis & provinciis Europæ, quæ Jure Justinianeo utuntur, plane universalem, sed tamen pene universalem. Adde quod in paragraphis sequentibus, qui variorum explicationes Legis nostræ proponunt, sæpius quidem mentio fiat, quod una explicatio in praxi hujus loci, altera vero in praxi alterius loci obtineat; sed tamen & hæc observatio tantum abest ut probet non usum Legis nostræ aut ejus usum contrarium, ut potius evidenter confirmet doctrinam orthodoxam de usu practico Legis nostræ tantum non universali.

§. X.

His tamen non obstantibus firmiter mihi persuadeo, quod defensoribus sententiæ heterodoxæ non defuturæ sint responsiones ad objectiones modo memoratas, & quidem non paucæ. Et hæ quidem videntur esse duplicis generis, quarum unum intendet ad oculum monstrare veritatem assertionis in rubrica hujus Sectionis propositæ, secundum respondebit objectionibus orthodoxorum. Quod primum attinet, præsuppono, quod de usu practico Legis nostræ hodierno sermo sit, vel certe esse debeat non de usu practico antiquorum temporum. Hoc vero præsupposito concedent heterodoxi, quod primum quidem privilegium viduarum &c. (in quo jubetur, ne viduæ &c. statim ab actoribus evocentur ad forum secundæ instantiæ, sed conveniri debeant coram judice ordinario) hodie fit in viridi observantia, sed addent tamen, hanc observantiam non deducendam esse ex dispositione Legis nostræ, in qua beneficium hoc indulgebatur, per modum exceptionis; sed potius ex Legibus hodiernis aut observantia communi, secundum quam in genere & quoad regulam rei cujuscunque generis, adeoque & personæ non miserabiles, debent in prima instantia conveniri coram Judice competente ratione fori domicilii vel contractus, vel rei sitæ. Adde, quod etiam secundum

cundum doctrinam communem JCtorum supra §. 29. adductam respectu privilegii primi non ulteriore probatione videatur esse opus, cum ibidem ostensum fuerit, quod post Justiniani *Novellam* 86. *cap.* 1. privilegio primo miserabiles personæ non amplius opus habeant.

§. XI.

Quod vero secundum privilegium attinet, secundum quod personis miserabilibus conceditur exceptio à regula modo dicta, quod ipsæ videlicet possint evocare adversarios, contra quos actiones velint instituere, dicere poterunt heterodoxi, se quidem & hic concedere, quod personæ miserabiles possint uti beneficio Legis unicæ, sed ad dedemonstrandum usum practicum hoc non sufficere, sed exemplis opus esse, quæ doceant, personas miserabiles actu ipso privilegio illo fuisse usas, aut adhuc frequenter uti. At vero rarissima in praxi hodierna occurrere exempla hujus usus actualis, & non deesse rationes palbabiles, quæ doceant cur hic usus non sit facile præsumendus. Cum enim tam materialia quam formalia processus hodierni communiter nesciantur ab actoribus & reis, & adeo præ reliquis personæ miserabiles in processibus suis uti debeant consiliis eruditorum Advocatorum & Procuratorum, & quidem in foro primæ instantiæ, subsistentium, non credendum est, hos personis miserabilibus consilium daturos esse, ut adversarios suos statim conveniant in judicio supremo, cum hoc pacto ipsi Procuratores vel Advocati perdituri sint accidentia vel sportulas aut honoraria, quæ alias ipsis à personis miserabilibus solvenda essent, si processus in foro primæ instantiæ institueretur. Nec deerunt ipsis rationes verosimiles, persuadendi personis miserabilibus ipsos consulentibus & forte ab aliis de privilegio Legis nostræ informatis, ut hujus privilegii usum aut praxin nec ipsæ desiderent anxie. Vel enim actio consulentium est justa & evidens, aut injusta vel difficilis probationis. Priori casu urgebunt Advocati, sperandum esse actoribus vel actricibus, etiam in prima instantia sententiam definitivam illis valde favorabilem futuram, sive Judex eam sit pronunciaturus, sive collegium juridicum. Nam judicem primæ instantiæ esse virum maxime honestum, pium, erga viduas, virgines &c. valde misericordem, earumque fautorem &c. Quodsi vero

Digitized by Google

vero justam suspicandi causam habeant, judicem magis favere parti adversæ, tum secundum praxin hodiernam judicem (inprimis partibus urgentibus) obstrictum esse, ut Acta integra mittat ad Collegia juridica, ab iisque sententiam petat. At Collegia juridica omnia (sive sint Scabinatus, sive Facultates juridicæ, sive alio nomine veniant) constare ex pluribus membris & Assessoribus, quorum, si non omnes, certe plerique sint fautores omnis generis miserabilium personarum, ægrotorum, pauperum, pupillorum, præ cæteris vero virginum & viduarum. Posteriori casu, & si causa miserabilium personarum forte sit injusta aut difficilis probationis, dicere poterunt Advocati primæ instantiæ, non sperandum esse, ut Advocatus in Curia Principis constitutus, favorabilem sententiam pro personis miserabilibus ibi sit obtenturus, cum hic de circumstantiis minimis ad justitiam causæ pertinentibus non sit informatus, nec etiam ab ipsis ita facile & absque impensis possit perspicue informari; quod si vero actores aut actrices ipsos Advocatos consilium hoc dantes in aulam mittere velint, tunc clientes impensas adhuc majores debere impendere, quam si adversarios in prima instantia convenirent; neque Judicem primæ instantiæ clientibus debere esse suspectum; adeoque etiam in his casibus expectandam esse potius sententiam primæ instantiæ, ac tum demum, si contra actores vel actrices sit pronunciatura, per appellationem avocandam esse causam ad judicium superius. Ut alias multas rationes taceam, quibus Advocati miserabilium personarum uti possunt, ad dissuadendum personis miserabilibus, ne adversarios suos conveniant statim in foro Principis, e. g. adversarios suos vel ideo, quia potentiores sint, in aula majores habere patronos quam in prima instantia, aut certe utrobique majores deprehensuros esse fautores, quam personæ miserabiles ibi sperare possint: item: dissensum JCtorum circa Legis nostræ explicationem occasionem daturum, ut, si clientes privilegio hoc uti velint, propter hunc dissensum majorem litis protractionem timere debeant, quam si omissa Lege unica adversarios suos conveniant secundum regulam in foro competente primæ instantiæ: porro: in multis judiciis superioribus vel Curiis Principum usitatum esse modum procedendi multo diuturniorem, quam qui communiter receptus est in judiciis inferioribus primæ instantiæ, e. g. quod ibi singula partium scripta communicentur partibus adver-

sis, ut ipsi iterum in scriptis (& non viva voce, ut fieri solet in judiciis inferioribus) respondeant; ut ratione singulorum scriptorum multæ dilationes impetrari & dari soleant, ita ut vix intra biennium aut triennium sententia interlocutoria ibi expectari possit: ut taceam frequentiora ibi esse, quam in judiciis inferioribus, tentamina frustranea amicabilis compositionis &c.

§. XII.

His præmissis addent heterodoxi, nihil minus per rationes præced. §. 9. allatas probatum esse, quam praxin frequentem privilegii hujus secundi. Nam simplex approbatio & explicatio Legis alicujus ex Jure Justinianeo multo minus probare potest usum practicum Legis in foro, quam si quis ex eo, quod v. g. prohibitio poculorum salutis extet in Recessibus Imperii, probare vellet ejus Legis usum practicum, aut quod Procuratores domini litis fiant, quoad usum praxeos hodiernæ, post litem contestatam, quia & hujus dominii litis fiat mentio in dictis Recessibus. Nec obstat, quod Doctores orthoxi etiam provocent ad Responsa Collegiorum juridicorum, aut ad sententias judiciales. Nam Responsa non probant praxin actualem Legis nostræ, sed potentialem saltem: sententiæ vero definitivæ probabunt utique usum practicum actualem; sed tamen non adeo frequentem, verum rarissimum & qui forte præsupponat vel imprudentiam vel stupiditatem Advocati, qui personis miserabilibus consilium dedit, ut adversarium suum abbreviandæ causa statim Curia Principis conveniret, cum tamen praxis pene universalis & quotidiana doceat, moribus hodiernis non solum reorum esse fugere (i. e. non optare celerem processus finem) sed & actorum. Quodsi vero etiam concederem, praxin esse frequentem circa quæstiones controversas de sensu Legis nostræ, tamen exinde non probaretur usus frequens Legis nostræ. Lex nostra in privilegio secundo intendit abbreviationem litis, dum miserabilibus personis concessit primam instantiam in Comitatu Imperatoris. At dissensus Doctorum in tot quæstionibus, (ut modo jam in antecedentibus fuit observatum) dat occasionem litis protractionibus sæpe majoribus, quam si personæ miserabiles actiones suas instituissent in foro primæ instantiæ. Cessante ergo. eviden-

evidenter fine & intentione Legis, necessario etiam inde sequitur, cessare ipsius Legis genuinum usum practicum.

SECTIO IV.

Mea sententia de singulari æquitate d. Leg. un. ejusque usu practico.

SUMMARIA.

1. *Rationes necessitantes ad defendendam sententiam heterodoxorum.*
2. *Accedente tamen autoritate paucorum JCtorum.*
3. *Objectio de æquitate cerebrina sententiæ nostræ.*
4. *Ad quam respondetur.*
5. *Aliud monitum.*
6. *Explicatio de sensu terminorum sententiæ orthodoxæ & heterodoxæ; item æquitatis singularis.*
7. *Corollaria quædam de genuino sensu Legis unicæ.*

§. I.

Nihil amplius restat, quam ut jam proponam sententiam meam de singulari æquitate Legis unicæ ejusque usu practico. Hinc optarem equidem ut possem salva conscientia, aut clarius loquendo, salva ratione sana adhærere sententiæ orthoxæ à tot JCtis celeberrimis usque ad præsens tempus defensæ. Hinc etiam factum est, ut bona fide in Sectione II. excerpserim diligenter eorum doctrinas de singulari æquitate Legis nostræ ejusque explicatione ac usu frequenti practico. Operam etiam dedi, ut non tanta diligentia meditarer & inquirerem in rationes, quæ alicui in mentem venire possent, qui à communi illa JCtorum doctrina forte recedere vellet, sed ut quasi superficiarie in Sectione III. saltem eas in chartam conjicerem, quæ statim se offerrent, sperans fore, ut postea profundiore meditatione adhibita, rationes istæ heterodoxæ sententiæ, non cum magna difficultate rejici ac ita veritas doctrinæ orthodoxe à me defendi possit. Cum etiam deprehenderem, rationes istas etsi à me superficiarie propo-

 posi-

cipui fuerint Theologi Pontificii & Canonistæ post introductas Academias; (quæ observatio illustratur *ex ejusdem nota* 16. *ad Melchioris* **von** *Osse* **Testament** *p.* 44. ubi ostendit, Canonistas æquitatem cerebrinam & æquitatem laicalem habuisse pro Synonymis) quod *cap.* 2. §. 11. *nota u.* notaverit, Autorem Novellarum Reip. liter. multa proposuisse, quæ firmiter persuadeant, à Constantini M. tempore etiam Patres ecclesiæ maximos, & vel ipsum magnum Augustinum velut data opera ignorasse doctrinam justi & æqui; Denique quod *in eod. cap.* 2. §. 12. & 13. satis perspicue ostenderit, ad minimum à posteriori probari æquitatem cerebrinam Legis alicujus, (vel ex jure Justinianeo vel ex Canonico) si interpretes in ejus expositione valde inter se dissentiant. Præter Dn. Præsidem etiam deprehendi Huberum *in auspiciis domesticis oratione* 7. 8. & 9. rationes aliquot suppeditare, quæ differentias indicant inter æquitatem cerebrinam & genuinam, ex quibus orationibus nonnulla ad scopum præsentem facientia excerpsit Dn. Præses *in Notis ad suas Orationes Academicas*, & quidem *ad Orat.* 1. *not. t. p.* 81. *nota x.* & *y. p.* 90. *seq. nota aa. p.* 105. *nota rr. p.* 127. *nota z. p.* 153. De Constantino M. quod sponte se Clero subjecerit, rem in summa proposuit Dn. Præses *nota bb. ad Orat.* 3. *p.* 510. Atque sic puto me etiam servasse promissionem §. 31. de indicandis in hac Sectione Autoribus, qui mihi quasdam rationes pro sententia heterodoxa suppeditaverint.

§. III.

Cave tamen ne mihi objicias, quod ipse potius reus sim æquitatis cerebrinæ, cum non solum statuam, Legem Constantini esse nullius momenti, sed etiam cum ex mea sententia videatur sequi, non solum Legem Constantini esse abrogandam, etsi Lege publica hodie sit recepta, sed etiam ipsos JCtos in Collegiis Juridicis debere pronunciare contra dispositionem illius Legis, quorum vel antecessores eandem unanimiter approbaverint, vel etiam ipse Princeps in Lege publica ejus usum & modum explicandi introduxerit. Etsi enim quædam assertiones hic propositæ sequantur ex mea sententia, non tamen omnes inde deduci possunt, & quæ inde profluunt, nequaquam me reum faciunt æquitatis cerebrinæ. Quare opus est, ut ad hanc objectionem distincte respondeam.

 §. IV.

§. IV.

Jam ipse in præced. §. 1. dixi, me sequi etiam in eo doctrinam Dn. Præsidis, quod æquitas cerebrina sit vel legislatoria, vel consultatoria, vel judicialis. Judicialis in eo consistit, si judex pronunciet contra Legem à Principe propositam, etiamsi ea æquitate cerebrina laboret. At consultatoria tum committitur, si Consiliarius suadeat Principi ut ejusmodi Legem ferat, non si suadeat, ut ejusmodi Legem abroget. Hac observatione præmissa, jam declaro mentem meam, quod omnino statuam, sed absque vitio æquitatis cerebrinæ, prudenter facere Consiliarios Principis, si, à Principe de emendatione processus consulti, ipsi suadeant abrogationem Legis forte ab antecessoribus latæ, & praxin Legis nostræ introducentis. Nequaquam vero in ea sum opinione, quod Collegia juridica in casibus de usu & interpretatione Legis nostræ obvenientibus debeant pronunciare contra Legem à Principe de usu & interpretatione Legis latam, neque abrogatam, sed potius assero, cum vel eos, qui hanc autoritatem sibi ipsis sumserint, non solum æquitatis cerebrinæ, sed & pœnæ reos esse. Quodsi vero praxis Legis Constantinianeæ solo usu ab antecessoribus Collegiorum juridicorum fuerit aliquo in loco introducta, tunc iterum in ea sum opinione, quod tum membra Collegiorum Juridicorum sive conjunctim, sive singula possint in votando ab hoc usu recedere, cum observantia judicialis non habeat vim Legis, & hic semper attendenda sit pluralitas votorum, adeoque non solum singuli poterunt in controversiis juris cognito errore novo casu se offerente aliter votum suum dare quam antea fecerint, sed & mutatis Collegis, & cum antea major pars pronunciaverit pro æquitate Legis nostræ, si post mutationem major pars rejiciat illum usum, verius est, frustra & contra principia juris tum provocari ad observantiam judicialem antecessorum, per ea, quæ jam Anno 1699. latius deduxit Dn. Præses in Disput. *de Jure consuetud. & observantiæ*, in specie §. 57. 59. & 60. Illustrabit hanc assertionem meam exemplum supra *in Sect. II.* §. 25. adductum, ubi retuli, illustr. Bergerum eam opinionem defendere, quod personæ miserabiles possint adversarium suum ad supremum judicium Principis evocare, etiamsi jam in prima instantia coram Judice ordinario lis ab eis fuerit cœpta, & simul ad experien-

Digitized by Google

perientiam forensem provocare, non obstante quod Facultas juridica Wittebergensis Anno 1683. contrariam sententiam approbaverit.

§. V.

Addo & hanc declarationem mentis & intentionis meæ, quod, etsi sententiam heterodoxam defendere constituerim, nequaquam tamen id fiat ex ambitione & arrogantia, ac si me crederem esse prudentiorem tot viris celeberrimis in Sectione II. adductis, sed (uti jam in præced. §. 1. notavi) quod necessitate quadam ad hanc sententiam amplectendam adductus fuerim. Valde veneror JCtos ibidem citatos sive jam mortuos, sive adhuc viventes, neque eorum doctrinam imprudentiæ accuso, sed potius eam imputo errori communi (ex natura humani generis facile excusando) illorum temporum, Romanos semper fuisse cordatissimos mortalium, & Jus Justinianeum pariter esse omnibus aliis juribus (excepto forte Canonico) & in specie moribus insipientibus Germanorum præferendum, ac communibus Legibus Imperii tantum non totum esse in praxi introductum &c. Multo minus eam foveo sententiam, quasi Assessor Collegii juridici in quæstione de Legis unicæ usu practico vel ejus explicatione, in voto suo assumens hypotheses sententiæ heterodoxæ, si forte vota collegarum suorum ab ipso dissentientium defendant sententiam orthodoxam, debeat, aut juste possit, hæc vota acriter refutare, & opinionem suam collegis suis obtrudere, sed potius serio statuo, eum qui tale quid ausurus sit, esse in summo gradu Legulejum, Rabulam, & Pedantam.

§. VI.

Denique opus erit, ut & aliam objectionem removeam, quam forte dissentientes contra me propose=ituri sunt, videlicet, quod omnino abstinere debuerim in hac Dissertatione à terminis satyricis aut ironicis, ad quos referri debeant non solum, quod sententiam à me rejectam appellaverim sententiam *orthodoxam*, & contra sententiam à me defensam *heterodoxam* i. e. *hæreticam*, sed &, quod in rubrica tituli indicaverim, quasi defendere velim sententiam, quod Lex Constantini nitatur *singulari* æquitate, cum tamen postea asseruerim, illam æquitatem esse saltem *cerebrinam*. Nimirum ad primam objectionem

ctionem respondeo, ab aliisjam satis ostensum esse, quod etiam hæretifices Theologi fateantur cum Augustino, difficile esse definire accurate hæresin, & quod adeo non alia differentia evidens & quasi in sensus incurrens inter *religionem orthodoxam* & *hæreticam* proponi possit, quam si dicamus, religionem dominantem esse orthodoxam, contra eam, quæ dominatu tali non gaudet, sed potius à religione dominante supprimitur, esse hæreticam vel heterodoxam, (vide Dn. Præsidis *problema, an hæresis sit crimen?* & Dissert. *de jure Principis circa hæreticos*; potissimum §. 35. & 36.) Hoc vero præsupposito facile patet, quod quis in controversiis juridicis absque sarcasmo vel ironia sententiam communem & hactenus quasi dominantem possit appellare sententiam *orthodoxam*, eam vero, quæ prope à nemine hactenus defensa aut perspicue proposita fuit & tamen communi sententiæ contradicit, *heterodoxam*. Secundam objectionem quod attinet, respondeo dupliciter: Nam primo in titulo non asserui, quod in Disputatione velim defendere, quod æquitas Legis unicæ sit singularis ejusque usus practicus frequens, sed titulus Disputationis saltem indicat, quod in Disputatione inquirere velim an æquitas dictæ Legis sit singularis vel genuina, an vero cerebrina? Deinde posito etiam, quod titulus Disputationis indicet, quod defendere velim æquitatem singularem Legis unicæ, cum alias debuissem distinctius propositum meum per quæstionem explicare, nimirum, an æquitas Legis unicæ sit singularis an cerebrina, tamen & hic alia responsione me à suspicione ironiæ liberare potero. Nimirum constat ex Lexicographis, vocem singularis esse æquivocam, & modo denotare rem laudabilem singularem & excellentem, modo rem irregularem aut non laudabilem, vel etiam stultam. (Huc pertinet modus loquendi: Dieses ist ein singulairer Kerl:) Ergo nemo credo mihi vitio vertet, si dixero, me in titulo voce *singulari* usum esse in significatu generali & latiori, ut tam laudabilem, quam non laudabilem singularitatem denotet, postea vero in rubrica Sectionis II. me intendisse specialem significationem æquitatis singularis, id est laudabilis & excellentis, utpote quam defendunt JCti in dicta Sectione adducti. Sed in Sectione III. & IV. me satis declarasse, quod ego contra defendere voluerim æquitatem dictæ Legis esse singularem quidem, sed minime laudabilem ac saltem cerebrinam.

§. VII.

§. VII.

Atque hic finem facere possem Dissertationis præsentis, nisi recordarer, me supra *in Sect. III.* §. 8. dixisse, quod in controversiis JCtorum de explicatione Legis unicæ variæ occurrant observationes haud indignæ, ut & de his meam sententiam proferam, & simul in fine dicti §. 8. *Sect. III.* me adjecisse, quod monita de his observationibus reservanda sint Sectioni ultimæ. Etsi vero hic non expresse promiserim, quod ista monita hoc loco proponere velim, interim tamen diffiteri nequeo, quod mihi proposuerim, initio, ut circa finem hujus Disputationis (ad eo melius intelligendas observationes de varia expositione Legis nostræ) paulo distinctius agerem de vario significatu personarum miserabilium (in sensu vel physico, vel ethico, vel politico) & de effectu aut correlato hujus miseriæ, (e. g. misericordia, indignatione, pœna, item de usu genuino orphanotrophiorum, ergastulorum, &c. Wäysenhäuser, Hospitäle, Zuchthäuser ꝛc.) Sed tamen cum postea deprehenderem, non solum tractationem hanc requirere peculiarem Disputationem, sed & ea de re jam fusius egisse JCtos celeberrimos, v. g. Petrum Müllerum *in Disput. de eo quod justum est circa misericordiam.* Joh. Frid. Rhetium *in Disput. de misericordia intempestiva.* Ursinum *in Disput. de quæstu meretricio.* Brunnemannum *in Jur. eccles. lib.* 1. *cap. 6. mebr.* 7. Joh. Gabr. Wolfium *in Institut. Jurispr. eccles. lib.* 1. *cap.* 6. §. 7. Gottl. Gerh. Titium in der Probe des geistlichen Rechts *lib.* 4. *cap.* 8. *&* *lib.* 10. *Jur. privati cap.* 18.) mutavi intentionem meam, inprimis cum & aliæ rationes mihi non permitterent, ut diutius in hac Academia commorari possem. Ergo saltem paucis hic adjiciam per modum Corollariorum aliquot theses, duobus quasi verbis indicantes, quæ sententia mihi placeat, in præcipuis controversiis JCtorum circa explicationem Legis unicæ dissentientium. Sit itaque Carollarium I. Verosimilius est Imperatorem in Lege unica sub personis quæ *fortunæ injuria miserabiles* factæ fuerint, non intelligere voluisse pauperes, sed ægrotos; non obstantibus rationibus supra *in fin.* §. *Sect.* 6. *II.* pro veritate sententiæ dissentientis adductis. Coroll. II. Porro circa quæstionem: an sub pupillis intelligantur etiam minores? (de qua actum *in Sect. II.* § 10.) mihi placet sententia negativa intuitu juris Justinianei,

affirmativa vero intuitu Germaniæ, si videlicet ibi usus Legis unicæ obtineat. Coroll. III. Non vero puto virgines sub voce viduarum in Lege unica comprehendi, ob rationes *in Sect. II.* §. 11. adductas. Coroll. IV. Divitibus etiam viduis privilegia Legis nostræ competere ex intentione Constantini arbitror, hodie tamen, ubi adhuc Lege publica conceditur, ut viduæ in prima instantia possint adversarios evocare, arbitror rectius beneficium evocandi denegari divitibus. (Conf. dicta *in Sect. II.* §. 12.) Coroll. V. Sine justa ratione privilegia Legis nostræ extensa sunt ad studioses (de qua quæstione vide *in Sect. II.* §. 13. Et verba in Authent. Habita: *quis non eorum misereatur*, nihil minus probant, quam illam extensionem. Coroll. VI. Recte quidem dictum fuit *in Sect. II.* §. 15. meretrices esse personas vere miserabiles, sed & recte ibidem adjicitur, quod ad illas non sit applicanda Lex nostra, quia scilicet miseria earum meretur pœnam, non misericordiam.

APPENDIX.

POstquam jam Dissertationem meam absolveram, ab Amico communicata fuit Potentissimi Regis Magnæ Brittanniæ Churfürstl. Braunschw. Lüneb. Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung, publicata 1713. in qua parte 2. tit. 1. §. 12. p. 139. sequentia deprehendi de usu practico Legis nostræ: Wenn auch Wittwen, Pupillen und andere miserable Personen in Rechten das Beneficium haben, daß sie diejenige Gerichte, worunter dieselbige, so sie zu belangen haben, stehen, vorbey, und immediate an das höchste Gericht gehen können, man aber wahrgenommen, daß hiebey viele Abusus vorgehen, und von denen Doctoribus hin und wieder unter solchen Personen nicht allein viele gar ungereimt gerechnet, sondern auch ihnen allerhand andere Privilegia nach ihrem Gutdüncken tribuirt werden wollen; So verordnen Wir, um solchem Mißbrauch vorzukommen, hiemit, daß 1. ad personas miserabiles allein arme und verlassene Wittwen und Waysen, und die vel mente vel corpore debiles seyn, als da sind, so mit einer langwierigen nicht leicht zu curirenden Kranckheit behafftet, epileptici, paralytici, leprosi, furiosi, cœci, muti, surdi, referirt werden sollen. 2. Wollen Wir zwar, daß alle solche Personen sich obiges Beneficii nicht gebrauchen, sondern sich mit ihren Sachen an diejenige Gerichte, wohin die Sache

Digitized by Google

Sache in erster Instanß gehöret, ordentlich halten sollen; Wir befehlen aber anbey hiemit sowohl unserm Ober-Appellations-Gericht, wenn daselbst dergleichen Sachen vorkommen, als allen Unsern Cantzleyen und Hof-Gerichten, auch andern, so mit denen Untergerichten versehen, daß sie in solchen Fällen wegen der Defension solcher Personen Sorge tragen, zu dem Ende ihnen, wenn sie mit Advocaten und Procuratoren nicht versehen, ex officio solche zu ordnen, sie auch in solchen Sachen summarie und in der Kürtze verfahren sollen. Valde gavisus sum, quod ita nactus fuerim Autorem omni exceptione majorem, cui pariter placuerit sententia heterodoxa, in tantum ut usum Legis nostræ in ditionibus Electoratus sui abrogaverit, & ita simul sustulerit vana litigia JCtorum de sensu & explicatione Legis.

Nobilissimo Domino Respondenti suo S. P. D.

PRÆSES.

REddo Tibi, Nobilissime Domine Respondens! Disputationem à Te magna cum diligentia & cura elaboratam, *de æquitate Legis unicæ Codicis, quando Imperator inter pupillos* &c. Pleraque, quæ in ea elaboratione deprehendi, reliqui, uti ea inveni. Interim tamen pauca quædam, partim circa titulum, partim circa methodum mutavi. Cæterum non spero futurum, ut adeo multi scandalum inde accipiant, quod sententiam communiter hactenus defensam vocaveris orthodoxam, & alteram, quæ tibi placuerit, heterodoxam. Nam jam ante plures annos idem terminus orthodoxiæ in simili significatu adhibitus fuit in Disputatione de crimine hæreseos, & haud dubie à Te in præsenti materia dissentientes vocabunt sententiam tuam paradoxam, inter quam & sententiam heterodoxam vel nihil vel parum interest. Quod restat, Tibi animitus gratulor non solum de vita Academica hactenus per aliquot annos & hic, & in Academia Lipsiensi modeste & decore transacta, sed & de præsenti specimine diligentiæ & eruditionis tuæ, ac de instante promotione doctorali. Faxit

xit Deus, ut in patria & ubique invenias patronos & fautores, qui de promotione tua ulteriore sunt solliciti. Vale. Dabam d. 29. Oct. 1725.

Dissertatio inauguralis de controversa Jurisdictione Ecclesiastica Principum Imperii in diversæ religionis subditos, in Academia Jenensi, Præside CHRISTIANO WILDVOGELIO, JCto, Duci Saxo-Isenacensi à Consiliis intimis, Curiæ provincialis Assessore, Collegiorum Juridicorum Seniore & Antecessore, BALTHASAR HORNIG, Advocat. Ratisb. Mense Dec. MDCCXXVIII.

SUMMARIA.

1. *Ratio & ordo dicendi. Variæ denominationes jurisdictionis ecclesiasticæ & significationes. Definitio jurisdictionis ecclesiasticæ.*
2. *Causa efficiens jurisdictionis ecclesiasticæ remota est Deus & natura.*
3. *Causa efficiens proxima, jus majestaticum sive superioritas territorialis. Definitio Majestatis & superioritatis territorialis.*
4. *Causa materialis & quidem (1) subjectum sunt Principes Imperii.*
5. *Divisio Principum Imperii & superioritatis territorialis.*
6. *Contraria Catholicorum principia.*
7. *Modi acquirendi summum jus majestaticum.*
8. *De Nobilibus Imperii immediatis, municipalibus & communitatibus.*
9. *Objecta jurisdictionis ecclesiasticæ negative.*
10. *Monita Doctorum Vedelii, Schvvederi & Grotii.*
11. *Objecta positive 1) Ministrorum idoneorum constitutio. 2) Scholarum institutio. 3) Ministrorum sustentatio. 4) Bonorum ecclesiasticorum distributio. 5) Ordinis institutio. 6) Flagitiosorum Ministrorum remotio.*
12. *Legum ecclesiasticarum promulgatio & Judiciorum ecclesiasticorum constitutio.*
13. *Bonorum ecclesiasticorum dispensatio.*
14. *Ecclesiæ inspectio. Procuratio. Jus primariarum precum, Advocatia.*

15. Syno-

15. *Synodorum convocatio. Decretorum confirmatio & promulgatio. Jubilaeorum, jejuniorum, feriarum, festorum & calendariorum introductio.*
16. *In errantes inquisitio.*
17. *Hæreseos variæ definitiones Rechenbergii, Lamberti Danæi. Schwarzenavii, Clementis Alexandrini, Thomæ Aquin. & Augustini, P. Engelii, Godofredi & Thomasii.*
18. *Quæstio an syncretismus in Imperio Romano sit introductus? Respondetur negative.*
19. *Seductorum coërcitio. Theologorum evangelicorum sententia. Sedes beneficii emigrandi.*
20. *An fides possit præcipi? Affirmat Lampadius, negat Conringius.*
21. *Cultus idololatrici abolitio. Juris reformandi requisita. Variæ quæstiones.*
22. *Sententiæ aliorum Doctorum de jurisdictione ecclesiastica, Vedelii,*
23. *Rhetii, Jacobi Lampadii, Antonii Fabri, Struvii,*
24. *Schwederi & Schwarzenavii.*
25. *Forma jurisdictionis ecclesiasticæ est ipsum exercitium juris ecclesiastici. Hoc obtinuerunt inter Catholicos Episcopi.*
26. *Status controversiæ de exercitio jurisdictionis ecclesiasticæ, ejusque historia & origo. Postulatum Episcopi Hildesiensis 1649. Quæstio à Directoriis 1653. proposita.*
27. *Quæstio Ducis Mecklenburgici & Gustavi Adolphi 1664. Quæstio tempore Pacis Ryswicensis 1696. exorta. Causa Hildesiensis in Camera Imperii ventilata. Quæstio Rittmeyeriana.*
28. *Illustrissimi Evangelicorum Corporis Conclusum 1719. Sententia Imperatoris 1720. & 21. & illustrissimi Evangelicorum Corporis Conclusum 1720.*
29. *Propositio in Conferentia Evangelica die 20. Nov. 1725.*
30. & 31. *Argumenta Evangelicorum pro vindicanda libertate conscientiæ & religionis.*
32. *Testimonia Imperatoris Ferdinandi, Electoris Palatini & Imperatoris Leopoldi.*
33. *Exempla Episcopi Osnabrugensis, Civitatum mixtæ religionis, Principum Protestantium ad alterius sacra transeuntium.*
34. *Pacta inter Domus Saxonicas.*

35.

35.36.37.& 38. *Comitis Nassoviæ Johannis Junioris & Capituli Hildesiensis. Praxis in universo Imperio. Judicia ecclesiastica in terris Catholicorum propriam habent jurisdictionem.*
39.40.& 41. *Responsiones ad objectiones Catholicorum. Causa finalis.*

§. I.

DE jurisdictione ecclesiastica disputaturus, non possum non quin præmoneam paucis: Materiam hancce jam ab aliis satis esse pertractatam; quia vero controversia desuper inter Principes Imperii Catholicos & Evangelicos orta ad hunc usque diem agitatur & ante aliquot annos varia scripta controversiam illam illustrem ultro citroque disputantia in Comitiis Imperii Ratisbonensibus prodierunt; ideo selegi materiam istam arduam, difficilem & multis querelis ac gravaminibus ansam præbentem, non ut quicquam, cujus sub Judice lis adhuc est, definire auderem, sed ut principia Evangelicorum & Romanensium de jurisdictione ecclesiastica sibi invicem valde contraria colligerem ac inserendo controversiæ illustris historiam, quo spectent Leges Patriæ, quid velint, nimirum incolumen esse inter Status Imperii conjunctionem, quam qui dirimunt, eos coërcent, brevibus expositurus. Missis vero multis inanibus vocum explicationibus, statim res ipsa est pertractanda, &, ut constet, quid sit, de quo disputetur, penitius considerandum venit ipsum Sacrorum jus, sive jurisdictio ecclesiastica, quæ & audit jus papale, jus diœcesanum, jus circa sacra, potestas clavium, jus patronatus regium, Imperium sacrum vel circa Sacra, primatus quoad curam religionis & cultus Dei, politica gubernatio ecclesiæ, inspectio supra officium ministrorum, potestas regia circa ecclesiastica & quæ sunt adhuc plures aliæ denominationes large ita acceptæ, ut non solum notionem sive cognitionem seu quæstionem facti & potestatem statuendi, quæ propriissime dicitur jurisdictio, sed etiam potestatem exequendi, quæ imperium appellatur sive extremum in jurisdictione, ut docet Lampad. *de Rep. Rom. Germ. part.* 3. *cap.* 15. §. 7. 8. & 9. sub se comprehendant; & ecclesiasticæ dictæ non formaliter sed objective, quatenus versantur circa ecclesiastica & spiritualia. Vedel. *in disp. de Episc. Constantini M. in resp. spec. ad annot. circ. quæst.* 1. Lamp. *part.* 3. *cap.* 10. §. 4. Atque sic de-

definitur: Jus circa sacra sive Jurisdictio ecclesiastica est potestas è jure Majestatico sive Majestatico-analogico descendens & Principibus Imperii competens ad vitam, recti cultus divini conservatione, & collapsi corruptive restitutione, quietam & tranquillam in societate civili obtinendam & in omni honestate & pietate transigendam.

§. II.

Hanc itaque præmissam definitionem ulterius indagemus, notantes, primam Causam efficientem remotam jurisdictionis hujus ecclesiasticæ, quæ est Deus & natura, unde omnis humana dependet ordinatio. Deum enim ad duplicem finem humanum genus dirigere, naturalem alium, qui homini secundum se & pro præsenti statu conveniat, alium supernaturalem, limites naturalis felicitatis longe excedentem; utrique diversas leges, diversamque sui cognitionem accommodasse, priori quidem tales, quæ non supra vires humanæ positæ naturali cujusque lumine paterent, cum, quæ ad posteriorem obtinendum faciunt, per naturæ vires nec cognosci nec impleri possint, adeoque ad hoc, ut cognosceretur, peculiari revelatione ac supernaturali ope sive gratia indiguerint, tradit Calixtus *in Compend. Theol. moral. tit. de legibus, pag.* 65. & Rhetius *in disp. de Jur. stat. Imper. circa sacra cap.* 1. §. 4. *ex* Joh. Frid. Hornii *Architectonica lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 3. & Conring. *de Majest. Civil. autor. circ. Sacr. thes.* 35. Hanc vero peculiarem revelationem & præcepta divina positiva, rectum Dei cultum ordinantia, regibus observanda injunxit Deus *Deut.* 17. *v.* 18. 19. 20. *Jos.* 1. *v.* 7. *&* 8. *Psal.* 2. *v.* 12. *coll. Psal.* 12. *v.* 4. *seq.* vid. Grotius *de Imp. Summ. Potest. circ. Sacr. cap.* 1. §. 6. *Dan.* 2. *v.* 37. Est enim summa Majestas ministra Dei *Rom.* 13. *v.* 4. 1. *Petr.* 2. *v.* 13. 1. *Timoth.* 2. *v.* 2. Huic jussui obedivit David. 2. *Sam.* 6. 7. *junctis* 1. *Paralip.* 14. 16. 17. 18-30. Salomon. 1. *Reg.* 3. 5-9. *junctis* 2. *Paralip.* 1-7. Assa 1. *Reg.* 15. *v* 12. 13. 14. *junct.* 2. *Paral.* 14. *v.* 2-5. Josaphat. 1. *Reg.* 22. *v.* 43. 44. *juncto* 2 *Paral.* 17. *v.* 3-9. *&* *cap.* 19. *v.* 8-11. Jehu, 2. *Reg.* 10. *v.* 18-28. Joasias, 2. *Reg.* 11. *v.* 17-19. *&* *c.* 12. *v.* 2-16. *junctis* 2. *Paral.* 23. *v.* 16-20. *&* *c.* 24. *v.* 2-14. Hiskias, 2. *Reg.* 18. *v.* 4-6. *juncto* 2. *Paral.* 29. 30. 31. Josias, 2. *Reg.* 22. 23. *v.* 1-25. *junct.* 2. *Paral.* 34. *&* 35. Hæc exempla imitati sunt Imperatores Christiani

stiani à Constantino M. usque ad Justinianum M. prout testantur Constitutiones & Leges de religione ipsa, ejusque introducendæ & retinendæ mediis, *Tit. Codicis de summa Trinitate &c. Ne sanctum baptisma iteretur. De Apostatis. Nemini licere signum Salvatoris Christi humi &c. insculpere &c. De Judæis & Cælicolis. De Paganis & sacrificiis, & templis. Novell.* 58. 67. 131. 132. 133. & 137. Subjectionem personarum ecclesiasticarum, earumque privilegia, vel religionis intuitu vel officii respectu obtenta, edocent *Tituli Codicis de Episcopis & Clericis, & orphanotrophis &c. De Episcopali audientia & diversis capitulis, quæ ad jus curamque & reverentiam pertinent pontificialem. De Hæreticis & Manichæis, & Samaritis. Ne christianum mancipium hæreticus habeat &c. Nov.* 3. 5. 6. 11. 16. 45. 56. 57. 76. 79. 83. 109. 123. 144. & 149. De rebus sacris autoritate Magistratus civilis disposita leguntur: *Tit. Cod. de Sacrosanctis Ecclesiis & de rebus & privilegiis earum. De his qui ad ecclesiam confugiunt &c. De his, qui in ecclesiis manumittuntur. Nov.* 7. 9. 37. 46. 55. 65. & 111. Quæ concilia œcumenica & particularia fuerint indicta, ac una cum directione executioni ab Imperatoribus mandata, manifestum est è Riccrunti *Notis ad Schüz. Man. Pacif. quæst.* 1. *p.* 24 *seq.* ita, ut nihil reliquum maneat, quam quæstio illa: an 1. *Sam.* 8. *v.* 11 - 19. jus regium ibi de jure an de facto competens dicendum sit? Gerhardus *de Magistratu politico* §. 125. in utramque partem argumenta attulit, *collat.* Schikard. *de jure regio Hebræorum pag.* 317. Grot. *de J. B. & P. lib.* 1. *cap.* 4. §. 3. Salmas. *in defensione regia cap.* 2. & Pfaff. *in aphor. Theol. de magistr. polit.* Bœclerus autem, has rationes expendens, eorum fortiores pronunciat, qui non de facto tantum, sed etiam de jure sermonem esse statuunt: Cum quo facit Rhetius *in disp. de absolut. Princip. potest. cap.* 3. §. 8. & 1. *Sam.* 10. *v.* 25. disertis verbis confirmatur. Principia rei inter homines à natura adeoque à Deo deducta leguntur apud Bœcler. *Inst. Polit. lib.* 1. *cap.* 4. & *cap.* 6. §. 7. *seqq.* & *alios.*

§. III.

Jurisdictionem ecclesiasticam esse partem essentialem jurs majestatici sive superioritatis territorialis, & quidem cæteris partibus potentialibus Majestatis sive ejus æmulæ principaliorem, hoc est, summæ potestatis Imperium non ad profana tantum, sed etiam ad sacra ex-

Digitized by Google

extendi, è jure naturali, divino positivo & exemplis comprobant Grotius *in Tract. de Imp. summ. potest. circ. sacr. cap.* 1. §. 2. 3. 4. *seq.* Boecl. *Inst. Polit. lib.* 1. *cap.* 6. §. 31. *seqq. & lib.* 4. *cap.* 9. *seq.* Schilt. *Inst. J.P. lib.* 1. *tit.* 3. §. 1. *seqq.* aliique Scriptores, quos collegit Simon Schardius *in Syntag. de Jurisd. authorit. & præeminentia imperiali ac potestate ecclesiastica, deque juribus regni & imperii.* Goldast. *Apolog pro Henrico V. adversus Gregorii VII. & aliorum patriæ hostium impias ac malignas criminationes.* Idem Goldast. *Monarch. S. Rom. Imp.* collat. Joachimi Ursini *spec. Jesuit. Pontificum Romanorum erga Imperatores Germanicos perfidiam, insolentiam tyrannidem repræsentante.* Struv. *Syntag. J. P. cap.* 10. §. 14. *seqq.* Schweder. *J. P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 5. §. 7. *seqq.* Lampad. *de Rep. Rom. Germ. part.* 1. §. 3. & 4. Rhet. *de jure Imp. circ. sacr. cap.* 1. & 2. Hieronym. Brückner. *vel* Riccruntus alias dictus *in Not. & animadvers. ad* Schüz. *Manuale Pacif. quæst.* 1. Definitur enim Majestas, quod sit summa in civitate potestas, cujus actus alterius voluntatis humanæ arbitrio non possunt in irritum recidere Boecl. *Inst. Polit. lib.* 2. *cap.* 1. §. 9. & sicut ab Arnisæo *de J. M. lib.* 2. *cap.* 1. §. 9. in compendio quasi ad hæc tria omnia jura Majestatica revocantur, scil. ad jus belli, ad quod etiam refertur jus fœderum faciendorum, jus legatorum mittendorum atque recipiendorum; 2do ad jus legum ferendarum & 3. ad jus Magistratuum creandorum: ita quoque, post additum jus cudendi monetam, jus religionem ordinandi jure meritoque annectitur. Confer. Grot. *de J. B. & P. Lib.* 1. *cap.* 3. §. 6. Struv. *Synt. J. P. cap.* 10. *seq.* Superioritatem Territorialem Schweder. *J. P. part. spec. sect.* 2. *cap.* 10. §. 3. explicatu quidem difficilem ast tentaminis loco dicit, potestatem summæ Majestati æmulam, omnia quæ ad regimen civile pertinent, complectentem, & Statibus Imperii, salva tamen Imperatoris Imperiique Majestate, in territoriis suis competentem; & Struvius *Synt. J. P. cap.* 26. §. 14. hanc superioritatem Statuum propriam consistere tradit vel in exercendis juribus Majestati proximis, quæ ipsis usu acquisita, per Leges Imperii & consensu gentium concessa, vel in ordinando territorio suo immediato atque exercenda in eodem potestate omnimoda, subordinata tamen Legibus Imperii, salvis quoque pactis atque privilegiis subditorum; conf. P. Engel. *Coll. J. C. lib.* 1. *tit.* 2. §. 1. *n.* 7. & quæ §. 1. & 2. jam dicta. Alias hæcce potestas quoque per facultatem mo-

 ralem

ralem à Grotio *de J.B. & P. lib.* 1. *cap.* 3. & 6. & Lampadio per potentiam activam explicatur; vid. Bœcl. *Inst. Polit. lib.* 2. *cap.* 1. §. 9. & quæ de duplici potentia activa scil. qua præditum esse oportet eum, qui, ad clavum constitutus, regere debet Rempublicam & qua agit in aliud; & de potentia passiva, quæ actionem recipit, disserit Lampad. *de Republ. Rom. Germ. part.* 1. §. 9. *seqq. & part.* 3. *cap.* 10. itemque Conring. *ad Lampad. cit. loc. quod in omni civitate alii parere, alii regere debeant: quodque activa illa & passiva potentia non insit in plane iisdem.* Ut autem Majestas Imperii Romano-Germanici & Majestatis illa æmula Statuum Imperii potestas innotescat clarior per argumentationem politicorum perpetuam à Majestate ad jura Majestatis & vicissim; videantur de juribus majestaticis; quæ vel Imperator solus exercet & reservata ipsius etiam in ecclesiasticis vocantur, vel Imperatori & Electoribus, vel Imperatori & omnibus Imperii Statibus sunt communia intuitu universi Imperii. Schweder. *J. P. part. spec. Sect.* 1. *cap.* 4. §. 5. 6. 7. & 8. Schilter. *Inst. J. P. lib.* 1. *tit.* 15. §. 8. & *tit.* 20. §. 3. Struv. *Synt. J. P. cap.* 10. §. 11. & 12. Quibus autem Electores, Principes & Status Imperii vel Monarcharum instar vel ut aristi in suis territoriis gaudent regalibus, iidem recensent Scriptores celeb. Schweder. *J. P. part. spec. sect* 2. *cap.* 11. 13. 14. 15. 16. & 17. Struv. *Synt. J. P. cap.* 20. §. 34-78. Schilt. *Inst. J. P. lib.* 1. *tit.* 14. § 5. Jac. Lampad. *de Rep. Rom. Germ. part.* 3. *cap.* 3. §. 9. *seq.* quorsum & B. L. remittitur.

§. IV.

Priusquam vero ad subjectum jurisdictionis ecclesiasticæ transeamus, occurrit quæstio quædam: Num sub lege Christiana summum imperium & pastorale munus in unam personam recte coalescat? quam affirmant Pontificii, aliter autem & quidem negative pronunciat Grotius *de Imp. Summ. Potest. circ. sacr. cap.* 2. §. 6. Bœcl. *Dissert. Polit.* 12. §. 8. Vedel. *in Disp. de Episc. Constant. in resp. spec. ad Annot. circ. quæst.* 1. Quamvis enim officium regium in hoc conveniat cum munere pastorali, ut, quæ pastorum cura est unica, ea summarum Potestatum cura sit præcipua, ut divina nimirum recte ordinentur; proprie tamen & formaliter munus in Ecclesia habere est defungi ministerio aliquo ecclesiastico, quæ recensentur *in August. Confess. art.* 28. ubi

ubi etiam distinguitur imperium à jurisdictione ecclesiastica *& in Consist. Dordrac. art. 2. &c.* Interea tamen Principes Imperii & fidei defensores & protectores recte audiunt, & cura Sacrorum ipsis tanquam custodibus & vindicibus utriusque tabulæ Legis ac tanquam nutriciis Ecclesiæ jure meritoque attribuitur:

Recessu Imperii Norimb. de anno 1524. §. 28. *&* 29.
Aug. Vindel. de anno 1525. *princ. &* §. 1. *seq.*
Spirensi de anno 1526. §. 1. 4. 5. *&* 11.
Spirensi de anno 1529. §. 1. *seqq.*
Aug. Vindel. de anno 1530. *princ. &* §. 1. 5. 8. 37. 61.
Reformatio guter Policey zu Augspurg *de anno* 1530. §. 1. *seq.*
Ratisb. de anno 1532. *Tit.* 1. §. 1. *seq. Tit.* 9. §. 1.
Wormat. de anno 1535. *princ. ubi notanter:*

welches alles mit Hülffe des Allmächtigen zu verhüten und abzuwenden Ihro Kayserl. und Königl. Maj. als den Häuptern auch Churfürsten, Fürsten und Ständen als den gehorsamen Gliedern zustehet und gebühret, auch die unvermeidliche Nothdurfft erfordert. §. 41.

Ratisbon. de anno 1541. *princ. &* §§. *seqq.*
Spirens. de anno 1542. *princ. &* §. 41. 128. *&* 129.
Norimb. de anno 1542. §. 5.
Norimb. de anno 1543. §. 25.
Spirens. de anno 1544 §. 5. 6. 34. 57. 58. *&* 77. *seq.*
Wormat. de anno 1545. §. 7. 8. 9. *&* 10.
Aug. Vindel. de anno 1546. §. 5. *&* 6.
Aug. Vindel. de anno 1548. §. 3. 4. 5. 6. *seq.* 39.

Der Röm. Kayserl. Maj. Erklärung, wie es der *Religion* halben im Röm. Reich biß zu Austrag des gemeinen *Concilii* gehalten werden soll *de anno* 1548. §. 2. *&* 9.

Röm. Kayserl. Maj. und des Heil. Reichs Land-Frieden auf dem Reichs-Tage zu Augspurg *declarirt*, erneuert, aufgerichtet, und beschlossen, *de anno* 1548. §. 1. *in fine.*

Reformatio guter Policey zu Augspurg *de anno* 1548. aufgericht. *Tit.* 1. §. 1. *Tit.* 25. §. 1. *Tit.* 34. §. 1. *seq.*
Recess. Imp. Aug. Vindel. de anno 1551. §. 3. 4. *seq.*
Transact. Passav. de anno 1552. §. 6. 7. *seq.*

by Google

Recess. Imp. Aug. Vindel. de anno 1555. §. 7. 8. 9. 10. 11. 30. 139. 140. & 141.
Ratisb. de anno 1557. §. 1. 8. 9. *seq.*
Aug. Vindel. de anno 1559. §. 3. 4. & 5.
Aug. Vindel. de anno 1566. §. 2. 3. 4. 56. 67.
Ratisb. de anno 1567. §. 37.
Erfurt. de anno 1567. §. 61. 62. & 63.
Franckfurt. de anno 1569. §. 5. 6. 45. & 46.
Spirens. de anno 1570. §. 19. 21. 154. 155. 159.
Policey-Ordnung zu Franckfurt *de anno* 1577. *Tit.* 1. §. 1. 6. *Tit.* 8. §. 3. 4. *Tit.* 26 §. 1. *seq. Tit.* 35. *per tot.*
Rec. Imper. Aug. Vindel. de anno 1582. §. 9.
Ratisb. de anno 1594. §. 9.
Ratisb. de anno 1598. §. 11. 13. & 46.
Rattisb. de anno 1603. §. 15. *seq.*
Ratisb. de anno 1613. *princ.* & §. 4. 8.
Pac. Prag. de anno 1635. §. 1. 3. 4. 13. *seq.*
Ratisb. de anno 1641. §. 6. 8. 9. 10. & 11. *seq.*
Instr. P. W. Art. 3. §. 1. & 2. *Art.* 4. & 5. *itemque Art.* 8. §. 1. *Recess. Imp. Nov.* §. 5. & 193. *Collat. Salvo Conductu amplioris formæ Protestantibus in Concil. Trident. Sess. XV. & XVII. dato. Capit. Cæsar. Caroli V. Art.* 1. & 16. *Ferdinandi I. Art.* 1. 15. *Maximilian. II. Art.* 1. *Rudolphi. II. Art.* 1. & 15. *Matthiæ Art.* 1. & 17. *Ferdinandi II. Art.* 1. 15. 35. *Ferdinandi III. Art.* 1. & 18. *Ferdinandi IV. Art.* 1. 16. & 17. *Leopoldi Art.* 1. & 19. *Josephi Art.* 1, 2. & *Caroli VI. Art.* 1. & c.

§. V.

Quemadmodum autem superioritas territorialis ipsa & cum hac jurisdictio eccles. ratione subjecti distinguitur in Electoralem, Ducalem, Principalem, Marchionumque, Comitum & liberarum Civitatum; ratione formæ in Monarchicam in Principatibus & ubi est penes unum, vel in Aristocraticam & Democraticam, ut in liberis Civitatibus Imp. & ratione exercitii in restrictam & liberam, ita Status Imperii etiam distinguuntur in Electores, Duces, Principes, Marchiones, Landgravios &c, Comites & liberas Civitates; qui iterum du-

duplici ratione considerandi veniunt vel ut Coimperantes, intuitu universi Imperii, vel ut Monarchæ, sive ut Optimates in suis territoriis. Et quemadmodum præter Grotium, Legislationem circa Sacra, jurisdictionem circa Sacra & speciem innominatam considerantem; & Struvium, aliud Imperium circa Sacra cum omni jure patronatus regio Principi competens, aliud regimen, circa quod in constituendis Ecclesiæ Ministris, sacris ordinandis concurrit populus, aliud administrationem Sacrorum solis sacerdotibus convenientem, dicentem, Bœclerus tum naturam potestatis civilis, tum scopum integrum bene inquirere, imperiumque circa Sacra à functione sacra, jus denique ipsum à modo juris exhibendi seu exercendi diligenter distinguere actusve imperii, quatenus huc pertinent, in suas species dispescere, utiliter suasit: Sic quoque alia est ratio Principum & Statuum Imperii Ecclesiæ Romano-Catholicæ addictorum & in unam, atque Augustanæ Confessioni addictorum sive Evangelicorum juxta Conclusum in Conferentia Evangel. die 28. Febr. 1722. Die nähere Verein- und Zusammensetzung betreffend, dictorum in alteram partem abeuntium, ita, ut hac in parte Imperator & Rex Romanus juxta *Recess. Imper. Aug. de anno* 1555. §. 13.-21. *verbis expressis*: Und darüber jetzt oder künfftiglich weder aus Vollkommenheit oder unter einigem andern Schein, wie die Namen haben möchten, nicht fürnehmen, handeln, oder ausgehen lassen, noch Jemand anders von Ihrer L. und Kayserlichen Majestät und unserer wegen zu thun gestatten, nihil sibi reservent, sed solum ut pars compaciscens & membrum partis alterius Catholicæ spectandi veniant; *Collat. Instr. P. W. Art.* 1. 2. *&* 5. §. 1. 45. *&* 52. *& Art.* 17. §. 1. 2. 3. 10. *&* 11. Quæ differentia non ex causis politicis, sed solum è principiis theologicis, quæ fovent de vero cultu divino, diversis oritur & tanta est, ut etiam in causis hisce religionis ne quidem tanquam unum corpus considerari queant; atque exinde ingens mutatio jurisdictionis ecclesiasticæ Principibus Imperii in diversæ religionis subditos competentis facta; quid? quod ejus totius suspensio & destructio subsecuta, de qua infra pluribus. Inter hæc alia quoque est distinctio Statuum Imperii, nimirum ecclesiasticorum & secularium inter ipsos etiam Catholicos, quorum illi præ his & ab his majoritatem & obedientiam prætendunt, & quoad Ecclesiastica quoque obtinent, exercent, atque Instr. Pac. W. & Pace Relig. confirmatæ

 legun-

leguntur. Quamvis & hi Electores & Principes ecclesiastici hunc iterum inter se teneant ordinem, ut quidam Episcopi & Abbates principali dignitate pollentes Archi-Episcoporum diœcesi subsint, ad unum omnes vero ratione diœcesium summo Pontifici subordinati dicuntur à P. Engel. *in Coll. Jur. Can. lib.* 1. *tit.* 33. §. 5. *n.* 35. vid. Conring. *ad Lamp. Part.* 3. *cap.* 6. §. 10 Quem ordinem & papalem dignitatem Imperatores quoque conservare & tueri jurant; hoc tamen addito, ut juxta tradita Bechmanni *Inst. J. P. lib.* 3. *cap.* 2. §. 11. *jus Sacrorum competat Imperatori, sed non ejus exercitium, quod impediunt concordata & transactiones cum Pontificibus.*

§. VI.

Quibus itaque Legibus, principiis ac rationibus suam summus statuminet Pontifex autoritatem contra Principes seculares, hic non est inquirendum, sed solum quid statuat, paucis dicendum: Principi seculari & Laico nulla potestas ecclesiastica conceditur. *cap. duo sunt genera Christianorum. Caus.* 11. *qu.* 1. *cap. siquidem* 2. *cap. decretum est.* 3. *cap. regenda est.* 4. *cap. quæcunque res Eccles.* 5. *sequ. Caus.* 10. *qu.* 1. *Nov.* 123. Laicus in ecclesia non habeat aliquid statuendi. *can.* 33 *caus.* 16. *qu.* 7. Laicus facultates ecclesiæ disponere non potest, alias ut sacrilegus punitur, *can.* 24. 25. *&* 26. *caus.* 16. *qu.* 7. Indecorum enim esse, Laicum vicarium esse Episcopi & seculares in ecclesia judicare. *can.* 22. *caus.* 16. *qu.* 7. Laici Collectas imponentes Clericis vel Ecclesiis seu jurisdictionem eorum usurpantes, si moniti non desistunt, excommunicantur. *cap.* 4. *X. de Immunit. eccles.* Laici ecclesiastica negotia tractare non præsumant *cap.* 2. *X. de judic.* usurpantes Ecclesiastica veluti sacrilegi per Judicem ecclesiasticum compelluntur. *cap.* 16. *X. de for. compet.* Nulla Laicis facultas datur de rebus eccles. disponendi. *can.* 1. *dist.* 96. Laicis nulla est de spiritualibus concedendi vel disponendi facultas. *cap.* 25. *X. de Decimis.* Laicis manet obsequendi necessitas, non autoritas imperandi. *can.* 1. *dist.* 96. *can.* 23. *caus.* 16. *quæst.* 7. Quæ allegata acerrimus authoritatis pontificiæ defensor Bellarminus ita explicat ulterius: 1) Majestatem nullam habere in rebus ecclesiasticis potestatem, quam ut sit defensor ecclesiæ, & executor sententiæ illius, *Lib. de Laicis cap.* 17. 18. 2) ad Majestatem non pertinere curam veræ religionis, nisi ad præscriptum

ptum Ministrorum Ecclesiæ, *Lib. de Laic. cap.* 18. *Lib. de Pontif. cap.* 17. *& Lib.* 5. *cap.* 6. 3) Potestatem Magistratus sese non extendere ad omnes partes officii Ministrorum Ecclesiæ ex jam allegatis Bellarmini. 4) Magistratum non habere potestatem vocandi pastores seu Ministros ecclesiæ, *Lib.* 1. *de Pontif. cap.* 4. *de Cleric. cap.* 8 *&* 47. *de Laic. cap.* 6. 5) Ad Magistratum non pertinere judicium de religione & controversiis fidei, & causis ecclesiasticis, *Lib. de Laic. cap.* 17. *de Cleric. cap.* 28. *Lib.* 1. *de Pontif. cap.* 7. *Lib.* 1. *de Concil. cap.* 12. 13. 15. 19. & 20. 6) Magistratum circa res ecclesiasticas non habere potestatem cum imperio conjunctam & coactionem in pastores, *Lib. de Cleric. cap.* 18. *propos.* 1. *&* 3. *Lib.* 2. *de Pontif. cap.* 7. *& Lib. de Laic. cap.* 17. 7) Magistratus non esse curam gerere, ut Ministri ecclesiæ disciplina ecclesiastica abutantur & alicui injuriam faciant, *Lib.* 2. *de Pontif. cap.* 21. *contra Barclajum cap.* 17. *pag.* 922. *& cap.* 31. *p.* 961. *coll. Lib. de Cleric. cap.* 11. *Concil. Trident. sess.* 25. *cap.* 3. 8.) Magistratus non habere potestatem ferendi leges ecclesiasticas, *Lib.* 4. *de Pontif. cap.* 15. *pag* 857. *collat. cap.* 16. 17. 18. 19. & 21. 9) Ecclesiasticos habere contra potestatem Leges proprie sic dictas ferendi, Bellarm. *cit. loc.* 10) Pontificem habere absolutam potestatem & monarchiam in omnibus rebus ecclesiasticis, *Lib.* 1. *&* 2. *de Pontif. Rom. Lib.* 3. *de verbo Dei cap.* 3. 4. *&* 5. *It. de Pontif. lib.* 4. *cap.* 1. 3. *&* 5. *lib.* 2. *cap.* 22. *&* 23. *lib.* 3. *cap.* 5. 11) Magistratus in rebus ecclesiasticis proprie & absolute loquendo subjectos esse Ministris Ecclesiæ, *lib.* 1. *de Pontif. cap.* 7. *lib.* 5. *cap.* 7. *de Cleric. lib.* 1. *cap.* 28 *tit. in tract. de offic. Princ. Christ. lib.* 1. *cap.* 5. 12) Ministros Ecclesiæ contra ne aliquo modo quidem pendere à Magistratu in rebus ecclesiasticis, *lib. de Laic. cap.* 17. *de Cleric. cap.* 28. 13) Magistratus honore & dignitate inferiores esse personis ecclesiasticis, *lib. de Laic. cap.* 17. vid. *lib.* 1. *de Pontif. cap.* 8. *& lib.* 1. *de Concil. cap.* 19.

§. VII.

Quæ vero omnia tanquam erronea non modo ex supra jam adductis rationibus, sed etiam ex hoc firmissimo rejiciuntur fundamento: Nam sicut Imperatori per electionem consensu eligentium omne defertur jus summum tam circa profana quam sacra in universo Imperio, & Principibus Imperii secularibus per successionem, itemque Prin-

Principibus ecclesiasticis per electionem vel postulationem in suis territoriis: ita hi modi acquirendi jus illud summum & in sacris & profanis æque sunt tantæ autoritatis, quantæ jactabunda illa Pontificis per Cardinales facta electio. Quæstio equidem desuper fuit mota à Pontifice: Electionem Imperatoris ab Electoribus factam juxta ac electiones Archi - & Episcoporum cum successione Principum in suis terris absque consensu & confirmatione Pontificis esse nullam; dum summus Pontifex habeat jus in mundo supra Imperatorem, cesseritque solummodo jus eligendi Romanorum Regem & Imperatorem Principibus Germaniæ, reservatis sibi examine, confirmatione, coronatione & unctione, prout probare nititur ex Baron. *Annal. Eccles. anno Christ.* 996. P. Engel. *Coll. Jur. Canon. lib.* 1. *tit.* 15. *n.* 5. vid. *Acta* Lehm *pac. relig. Tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 4. *& lib.* 4. *cap.* 44. Sed injustis his ausibus se opposuit Ludovicus IV. Constituto promulgato, quo, qui Imperatorem à Principibus electum sine Romanæ sedis confirmatione Imperii jura exercere & administrare non posse, asserere ausi fuerint, læsæ Majestatis reos, omnibus feudis ab Imperio pendentibus, privilegiis & immunitatibus à Prædecessoribus concessis ipso facto & jure spoliatos declaravit, confirmatoque Decreto Electorum similis argumenti d. 6. Aug. 1338. quod utrumque exhibet Michael Wendland *in discursu de Pace & Cura relig. jurisdict. Imper in Pontifices & libertate conscientiarum p.* 138. *seqq.* item Goldast. *Tom. I. Const. Imp. fol.* 335. *seq.* vid. Struv. *Syntag. Jur. Publ. cap.* 6. §. 5. *& cap.* 8. §. 10. Schwed. *J. P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 11. §. 25. J. Lamp. *de Republ. Rom. Germ. part.* 3. *cap.* 11. §. 9. *&* 28. *&* Conring. *in Annot. ad Lamp.* Cui accedit, quod nullus Imperatorum post Carolum V. à Papa fuerit coronatus, licet usque ad Imperatorem Leopoldum ad eam coronationem requirendam in Capitulationibus suis obligati fuerint; *Capitulat. Caroli V. Art.* 30. *Ferdinandi III.* 39. *Ferdinandi IV. Art.* 37. Atque nostro hoc ævo & coronatio & papalis confirmatio plane exoleverit. Rhet. *in Comment. ad Jus feud. Comm. lib.* 1. *tit.* 1. *p.* 88. *seq. & Capitul. Josephin. Art.* 36. Interea tamen consensu omnium gentium tam Imperator quam Principes Imperii legibus patriis ad fastigium Majestatis evecti legitimi agnoscuntur domini, idque summo jure *Instr. P. W. Art.* 5. §. *electi aut postulati.* 21. *collat.* §. 17. *&* 19. vid. Conring. *disput. de Majestatis civilis authoritate circa Sacra th.* 51. *seq.*

Falsi-

Falsissimum proinde est, quod Engel. tradit *in Coll. J. C. lib.* 1. *tit.* 17. §. 1. 2. 3. Secularibus ex privilegio Pontificis solum jus eligendi Prælatos competere posse ideo, quia non excederet potestatem summi Pontificis laicos secundum quid clericis æquiparare & ad jura spiritualia habilitare, prout de facto ad jus patronatus (quod spirituale est & absque Simonia vendi non potest. *C. de jure* 16. *de Jure patronatus*) omnes seculares habilitati essent; Atque ob id etiam Carpzovius disserens: duplicem respectum in persona jurisdictionem temporalem & ecclesiasticam exercente Principis scil. & episcopi observari necesse esse, taxatur à Bœhmero *in dissert. de Jure Episc. Princ. evangel. cap.* 3. §. 4. dum omne jus Imperatoris ab electione & Principum à superioritate territoriali dependet. Quæ alias requiruntur qualitates in personis eligendis & ut sint capaces successionis vid. Struv. *Synt. J. P. cap.* 7. §. 8. & passim Conring. *disp. de septemv. & de Imp. Germ.* Schwed. *J. P. part. spec. Sect.* 2. *cap.* 3. J. Lamp. *de Rep. R. Germ. Part. III. cap.* 4. 5. & 6. Cæterum, quibusdam quæritur: An Princeps sit dominus aut caput visibile ecclesiæ? Affirmat cum Conringio Rhetius ideo, quia singularum rerumpublicarum Sacra circa regimen aliquod visibile requirerent, quod Principi competeret & Principes Pontificum loco essent in suo territorio & personæ morales Rempubl. repræsentantes, sed dissentire videntur Besoldus *de Majest. sect.* 2. *cap.* 3. *pag.* 97. Carpz. *Jur. eccles. lib.* 1. *defin.* 20 *n.* 3 & optime respondet Vedelius *cit. disp. qu.* 1. se malle cum scriptura loqui, quæ illum honorem soli Christo tribuit; quod & omnes Electores, Principes & Status Imperii evangelici sua autoritate comprobant, solum Christum præsidem concilii constituentes; In casu recto porro & synonymice idem Vedel. laud. de Magistratu prædicat: quod sit præcipuum membrum ecclesiæ, & respectu hocce ecclesiæ quoque esset director ordinis externi imperio & gladio armatus.

§. VIII.

Cum ergo indubitati sit juris, quod Principibus Imperii vi superioritatis territorialis competat jurisdictio ecclesiastica, considerandum restat, quid de Nobilibus Imperii immediatis, de Nobilibus mediatis, ac de municipalibus pronunciandum? Illis enim post Spei-

delium Strauch. *diss. exot.* 4. *th.* 22. Ludolph Hugo *de stat. region. Germ.* Dn. Rhet. *disp. de jure stat. Imp. circa Sacra cap.* 2. *n.* 17. denegant superioritatem territorialem; & istis æque ac his competere non potest. Quæritur itaque num hi immediati, mediatique Nobiles & municipales sive communitates sint capaces jurisdictionis ecclesiasticæ, & unde hanc nanciscantur? Certum est, hanc quæstionem olim difficultate laborasse & præcipue etiam post pacem religiosam mediatis illis & municipalibus hanc jurisdictionem sive potius facultatem jurisdictionis ecclesiasticæ capessendæ à Catholicis denegatam fuisse Evangelicis: verum post multa demum certamina, ut docent *Acta* Lehmanni & Burckhardus *in Autonomia*, nec non *Acta P. W.* in specie Antwort und Gegenbeschwerden der alten Cathol. Religion zugethaner Chur-Fürsten und Stände auf die von den Augspurgischen Confess-Verwandten Fürsten und Ständen am 10. Decemb. 1645. zu Osnabrüg übergebene Gravamina im Monat Febr. 1646. exhibirt. Nobilibus Imperii immediatis per Pac. Rel. §. und in solchem Frieden. si non vi superioritatis territorialis, tamen tanquam per speciale quasi privilegium & ipsam Legem Jurisdictio ecclesiastica ipsis est concessa, & per *Instr. P. W. art.* 5. §. 11. confirmata. Ibi enim idem jus ipsis circa negotium religionis ac reliquis Electoribus, Principibus & Statibus Imperii concessum deprehenditur. vid. Schwed. *J. P. part. spec. sect* 2. *cap.* 18. §. 10. Mediatis autem jus suum & municipalibus sive communitatibus & oppidanis ex pactis, immemoriali præscriptione, concessionibus, testamentis, solo denique usu & observantia anni regulativi acquisitum firmatum legitur, *Instr. P. W. art.* 5. §. 31. & 48. testante insuper praxi secundum Bœhmer. *dissert. de Jure Episc. Princ. evangel. circa Sacra cap.* 3. §. 2. *seqq.* & *in diss. de Praxi Jur. Can. in terris Protest. cap.* 3. §. 9. Rhet. *in disp. de Jur. Imp. circ. Sacr. cap.* 3. §. 22. Hert. *tract. de Jur. Reform. dist.* 1. *part.* 2. *th.* 5. *seqq.* Hier. Bruckner. *in Not. ad Schüz. Mar. Pacif. quæst.* 17. & 21. Augspurgische Confessions-Verwandten Chur-fürsten, Fürsten und Stände Beantwortung der Chur-Pfältzischen dem Freyherrn von Bœzelaer den 18. Mart. 1700. ertheilten final-Resolution, fol. 2. Licet de horum privilegiis, libertatibus & juribus religionis & conscientiæ hoc nostro tempore fervide disputetur & controvertatur, ut infra dicetur.

§. IX.

§. IX.

Quam late igitur pateat humani imperii vis ex objectis, circa quæ versatur, nunc cognoscendum. Si enim verum est, sicut est verissimum, juxta Lactantii effatum *lib. de Ira Dei cap.* 12. quod religio & timor Dei soli sint, qui custodiunt hominum inter se societatem ac nulla Respublica sine cura religionis ac cultus divini & rerum sacrarum diu felix ac constans esse possit, sequitur, quod ille, cui salus Reipublicæ ejusque conservatio à Deo demandata est, & rectum divinum cultum conservare & collapsum corruptumve restituere debeat. Et hæc duo sunt, ad quæ Gerhardus omnia reliqua, circa quæ occupatur jurisdictio ecclesiastica, refert, *Loc. de Magistr. Polit.* à §. 165. *ad* 213. *usque.* Hinc retento ipsius ordine atque prius exploratis iis, quæ ad jus Principis non pertinent, quæ deinde ex diverso eidem in suo territorio competunt, facile est collectu. Quæ ad Jus Principis non pertinent, ex mente Grotii non solum sunt definita ista, quæ aut suapte natura sunt debita aut illicita juxta dictamen rectæ rationis, ac quæ ex naturalibus principiis naturaliter, hoc est, certo & definite fluunt, sed etiam quæ vocantur juris divini positivi, qualia quædam sunt singulis, quædam populo, quædam universitati generis humani præscripta & ad hæc duo recurrunt: Deo vetita jubere & Deo jussa vetare; *De Imp. Summ. Potest. circ. Sacr. cap.* 13. §. 5. quæ & §. 11. ita explicat. Primum enim verbi salutaris prædicatio & Sacramentorum exhibitio prohiberi efficaciter nequit, cum à Deo præcipiatur. 2) Forma à Deo præscripta ministerio verbi aut Sacramenti mutari ab hominibus non potest, nec id sacris proprium. 3) Non est humanæ potestatis nova condere fidei capita, aut ut loquitur Justinianus, fidem innovare, neque novos Dei cultus aut nova instituere Sacramenta, quia hoc ipsum istarum rerum natura repudiat; atque his respondent, quæ *Aug. Confessio art.* 28. perspicuis tradit verbis: Nimirum Evangelii prædicationem, peccatorum remissionem & retentionem, Sacramentorum administrationem, doctrinæ cognitionem & dissentientis ab Evangelio rejectionem, impiorum à Communione ecclesiæ, quorum nota est impietas; exclusionem sine vi humana sed verbo, & ut res ordine gerantur in ecclesia, ne alius alium offendat, ordinationem non subjacere Magistratui politico,

Digitized by Google

ſed eccleſias neceſſario & de jure divino debere eis (Epiſcopis) præſtare obedientiam juxta illud, qui vos audit, me audit, *Luc.* 10. *v.* 16. de jure divino quoque eſſe vocationem miniſtrorum juxta ac electionem cum poteſtate ordinandi & examinandi, prout tradit Rechenb. *in App. Tripart. Iſag. ad libros Symb. part.* 2. *cap.* 17. §. 3. *cap.* 8. §. 3. *Collat. Tract. de poteſtate & Primatu Papæ* à Theol. Schmalcald. *conſcript.* 1537. *de Poteſt. & Jurisd. Epiſc.* de quibus tamen adhuc infra.

§. X.

Jam cum hæc ita jure divino ſint definita, atque in ſe immutabilia, ut nullo humano imperio ſubjaceant, quæ ad jus ſummæ poteſtatis pertinent, nunc videamus. Caute autem procedendum eſſe monent inter alios viros clariſſ. præcipue Nicolaus Vedelius Genevæ primum deinde Franeckeræ Profeſſor Reformatus in *diſſert. de Epiſcopatu Conſtantini Magni ſeu de Poteſtate Magiſtratus in rebus eccleſiaſticis, quæ prodiit primum* 1638. *atque recuſa* 1642. Cui quidem oppoſitus fuit Guil. Appollonii juſſu publico conſcriptus Tractatus de jure Majeſtatis circa Sacra, teſtante Bœclero, & Triglandri libellus de poteſtate civili & eccleſiaſtica, ſicut & in ipſa orthodoxa eccleſia non defuerunt, nec hodie deſunt circa hoc argumentum contentiones, ut legi poſſunt Meiſner. *Tract. de Regim. eccleſ.* Reinking. Dan. Otto J. *P. cap.* 24. Beſold. *Polit. lib.* 1. *cap.* 3. *de eccleſiaſtico Majeſtatis jure.* collatis Graswinckel. *de Jur. Majeſt. cap.* 5. itemque Goldaſt. & M. Ant. de *Dominis*: Aſt ſuam doctrinam non privatam, ſed univerſæ eccleſiæ reformatæ eſſe multis allegatis demonſtrat. Monita ejus igitur audiamus, ſive maximas, quas obſervandas exiſtimat: 1) ut prætextu libertatis eccleſiæ, h. e. miniſtrorum tuendæ non nimium ipſis, Magiſtratui autem nimis parum tribuatur; viciſſim ne prætextu poteſtatis Magiſtratus aſſerendæ, huic nimium, miniſtris autem nimis parum tribuatur. Utriusque & defectus & exceſſus character eſt, ſi res in papatum abeat, vel hierarchicum vel politicum &c. 2) obſervandum in gubernatione eccleſiæ eſſe quædam divini juris in verbo Dei determinata; alia autem in verbo Dei non contineri, ſed in differentia, adeoque in libertate eccleſiæ, cujus nutricius eſt Magiſtratus & juris humani poſitivi eſſe. Illa ſunt *ἀκίνητα* ſeu immutabilia ac à nullo

lo hominum variari possunt; hæc autem κινητὰ seu mutabilia; sed quæ non nisi bono ordine, hoc est, consensu atque autoritate Ecclesiæ & Magistratus orthodoxi mutari possunt. Illa ubivis locorum & quicunque sit Status reipublicæ, in qua ecclesia est, obtinere debent; hæc pro locorum, rerumpublicarum & ingeniorum quoque indole diversa sunt &c. Tertio observandum, in statu perturbato ecclesiæ & quando Magistratus supremus officium facere non vult, ecclesiam aut saniorem illius partem, in extremo periculo religionis constitutam, plus potestatis, conjuncta cum proceribus opera, exercere posse, quam ordinarie. Similiter & Magistratum de procerum & sanioris partis ecclesiæ consilio plus potestatis quam ordinarie adhibere posse, ubi ecclesia officium facere aut recte facere non vult. Et hoc velut fundamento nititur reformatio religionis ejusque conservatio suscepta ac continuata invitis multis, qui supremas partes tam in ecclesia Christiana quam in republica obtinebant, aut etiamnum obtinent. Quarto denique, si aut ministri aut Magistratus abutantur potestate sua, notandum; cavendum tunc esse, ne ideo abrogetur ipsis potestas, quam secundum verbum Dei habent, aut disputetur contra eam, sed indicandi sunt abusus & contra eos agendum & ostendendum ex verbo Dei, quare iis acquiescere nefas sit, & ad verum usum omnia sunt revocanda. Nec enim abusus potestatis ipsam potestatem seu auctoritatem tollit. Et hæc Vedelius *in Præfat.* Quæ Schweder. J. *P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 5. §. 8. pro cautela addit, sunt sequentia: 1.) Separanda ea à se invicem, quæ principaliter ita pertinent ad salutem æternam, ut nullum ex iis periculum in republica metui possit, & ea, quæ licet per accidens, morali tamen probabilitate turbas movere in Republ. ejusque finem vel impedire vel promovere queant. 2.) Inter ipsa doctrinæ cœlestis fideique salvificæ capita, eorumque usum & applicationem in civili societate distinguendum. 3.) Denique inter ea, quæ Principis sunt, quatenus est Princeps Christianus. Quibus præmissis, quos generaliter Grotius *de Imp. Summ. Potest. circ. Sacr.* tradit actus Imperii, annectendi sunt, qui in sacris literis vocantur præcepta regis ex verbo Dei; Primum enim à summis potestatibus *ἀμέσως* fluit, quod ea, quæ Deus imperat, libere imo & commode facimus, amotis impedimentis, datis adminiculis; 2. Lex humana non tantum permittendo sed & jubendo,

 quod

quod jubet Lex divina, novam superaddit obligationem. 3. Summa potestas humana circumstantias quasdam, loci, temporis, modi, actionibus à Deo imperatis præscribit, ut fiant εὐσχημόνως καὶ κατὰ τάξιν. 4. Per humanum imperium vetitis à Deo actionibus materia & & occasiones subtrahuntur. 5. Summæ potestatis est, pœnis propositis homines ad ea adigere, quæ Deus jubet, & à vetitis absterrere. collat. *art.* 15. Conf. *Aug. Confess. art.* 16. *Bohem. & art.* 36. *Belgic.* vid. Jac. Lamp. *de Republ. R. Germ. part.* 1. §. 17. *seqq.*

§. XI.

Quemadmodum hæc in universum dicta ita se habent, ut Principi jus sit, personarum, rerum & actionum curam gerere; ita in specie permittitur atque commendatur Magistratui politico, ut scil. rectus Dei cultus conservetur. 1. Idoneorum ministrorum constitutio, adhibito tamen in vocatione ecclesiæ judicio; ita, ut à Patronis ecclesiæ rite nominatos & præsentatos, ab Episcopis sive Presbyterio examinatos, vocatos, ordinatos & à populo electos non solum confirmet, sed etiam ut legitime & rite nominati, præsentati, examinati, electi, vocati, ordinati & confirmati seu investiti munera divino jussu demandata pro viribus expediant, pura scilicet verbi divini prædicatione atque spectata inter bonos moderatione. 2. Sacramentis secundum institutionem Salvatoris administrandis; 3. potestate clavium rite utendo, sive in peccatis remittendis sive retinentis; 4. in consolando, & 5. increpando; 6. in heterodoxis modeste refutandis, sive doctrina cognoscenda, & Evangelii contraria rejicienda, concedat atque jubeat. Et quia rudes, omnique expertes doctrinæ cives felicitatis se capaces haud sentiunt, neque reipublicæ prodesse queunt, porro curæ cordique sit Principi, Scholarum cum inferiorum tum superiorum fundatio. De his vero Academiis nimirum notandum, conservationem & inspectionem earum una cum jure Cancellariatus Principibus Imperii concedunt omnes J. P. scriptores, sed de constitutione controvertitur, quam controversiam Rhetius *in disp. de Jur. Imp. circa Sacra cap.* 3. §. 33. *seqq.* examinat, & argumento juris superioritatis territorialis pro dominis territorialibus quoad territorium pronunciat, quoad universum imperium Imperatori utique reservat appro-

approbationem. De illis Scholis Trivialibus & Gymnasiis nullum est dubium, quin jus erigendi competat. Dn. Seckendorff im Teutschen Fürsten-Staat *part.* 2. *cap.* 14. *n.* 4. collat. die Churbrandenburgische *Consistorial*-Ordnung *tit.* 29. Parum autem dum prodesset Scholarum & Academiarum Templorumve ac Ministrorum institutio absque sustentatione, necesse est, ut & accedat Ministrorum sustentatio. Cogitet ergo Summus Princeps de necessario rerum sacro cultui & ecclesiæ, ejusque Ministrorum sustentationi deservientium apparatu, ejusque dispensatione & conservatione, de ædificandis Templis, Oratoriis, Cœmeteriis, Gerontocomiis, Xenodochiis, Nosocomiis, Brephotrophiis, Orphanotrophiis &c. utque ab aliis ædificentur, facultatis concessione; item vasorum, vestium, suppellectilis sacræ, salariorum, primitiarum, oblationum, decimarum, congrua constitutione, dispensatorum, oeconomorum, provisorum &c. idoneorum ordinatione, rationumque ab iis repetitione. Qui enim inservit altari, de eo vivere quoque debet. Atque merito illustr. Corpus Evangel. in literis intercession. ad Imperatorem de 29. Dec. 1715. puncto gravaminum contra Principem Salmensem datis statuit: denegatis reditibus & vivendi mediis Ecclesiæ Ministris, totum religionis exercitium perichitari atque everti, vid. Fabri Staats-Cantzeley, *Tom.* 50. *cap.* 1. *n.* 7. Imperatores, Reges atque Principes laudabiliter illud observasse & historiæ tradunt & exempla prostant. Præcipue æque Principis erit, legitimam honorum ecclesiasticorum distributionem ac certum inter Ministros ordinem instituere, dignitatesque ecclesiasticas conferre, vid. Dn. Seckendorff. im Teutschen Fürsten-Staat, *part.* 2. *cap.* 11. *n.* 8. Ac licet Schwarzenav. *in System. Theol. Loc.* 14. *de Minist. Eccles. Th.* 6. tradat, diversitatem graduum in ecclesiastico Ministerio dependere à jure divino tum ratione generis, quatenus necessarium est, ad εὐταξίαν & tranquillitatem in ecclesia, aliquos esse distinctos gradus, tum ratione donorum, quatenus Deus ipse donorum varietate & differentia ordinem facit, tum ratione quorundam graduum, in specie quatenus Prophetarum & Apostolorum munus à reliquis gradibus ipsemet distinxit, iisque pr[illegible]; non tamen omnium graduum distinctionem absolute & ge[illegible] ab institutione divi[illegible]pendere addit. Quamvis enim prim[illegible]anæ religionis temporibus cuilibet Evangelii cura injungeretur, Sacris tamen

com-

communibus jam stabilitis, auctoque Christianorum cœtu, ita, ut alter alterum in communi administratione Sacrorum impedire videretur, nec non deficientibus ad munus Sacerdotii obeundum in multis qualitatibus necessariis, placuit & necessitas quoque induxit, in hac re communi è communione seligere quosdam idoneos, qui sacris fungebantur, & nomine Presbyterorum sive Clericorum insigniebantur. Posthæc multis existentibus Christianorum cœtibus, multiplicatoque Clericorum numero, ut Clericus alter alteri inserviret, juxta divinam Salvatoris authoritatem suasit charitas, & ut unitas Spiritus vinculo pacis in ecclesiis hinc inde plantatis conservaretur, consensus ecclesiarum præcepit, ut quis Clericorum quoque sit in ordine primus, donec Principes quoque ad Sacra Christianorum accederent: quibus postea non solum tanquam membris ecclesiæ illustribus ea potestas tribuebatur, quæ cæteris membris competebat, sed etiam tanquam summis Christianis Principibus eminentius jus quoad exercitium, circa Ministrorum gradus adscriberetur, ita, ut à Seculo fere IV. usque ad XI. nullus Episcopus prius ordinatus fuerit, donec à Principe vel Imperatore esset confirmatus. Vid. Conring. *in Dissert. de Constit. Episcop. Germ.* §. 20. *seqq.* collat. Grot. *de Imp. Summ. Potest. circ. Sacr. cap.* 11. *per tot.* Ne autem sua abutantur potestate, sic vocati atque confirmati Clerici & Episcopi, juris est summi flagitiosos etiam in ordinem redigere & ab officio removere. Dum enim nullo impune peccandi gaudent privilegio Clerici, sane quoque subsunt Dei ministræ Vindici ad iram ei, qui malum fecerit. Et quia sceleribus pastorum publica salus & tranquillitas æque ac æterna felicitas scandalum præbendo turbatur & impeditur, Episcopis sive ecclesiis proprie nulla est jurisdictio, quæ vim coactivam habet in res & personas ecclesiasticas; potestas civilis adsit malis in ecclesia exortis medendis, addita tamen cautione de adhibendo ecclesiæ judicio. Quippe quæ facultas in Clericos animadvertendi Catholicis etiam Magistratibus asseritur à Scriptoribus apud Goldastum *Tom.* 3. *laudatis in causa Republic*[illegible] *Venetorum contra Papam Paulum V.* & Rhetius *in Prælect. ad Br*[illegible]*. lib.* 5. *cap.* 5. *n.* 12. in Marchia & Pomerania speciale refert, [illegible]opter commissum circa officium del[illegible]um prævio processu[illegible] instituto juri patronatus inferiori adh[illegible]at potestas dimittendi vocatum ecclesiæ Ministrum.

§. XII.

§. XII.

Quo vero eo magis rectus conservetur Dei Cultus externus, juris circa Sacra quoque est, Leges ecclesiasticas, vulgo Kirchen-Ordnungen dictas, de externo cultus divini exercitio promulgandi. De qua legislatione egit quidem Grotius *sæpe citat. tract. cap.* 8. *per tot.* inter alia dicens: Nulla in re magis elucescit vis Summi Imperii, quam quod in ejus arbitrio est, quænam religio publice exerceatur, idque præcipuum inter Majestatis jura ponunt omnes, qui politica scripserunt; Ast vis illa imperii non adeo est extendenda, ut abuti eadem liceat, aut ad abusum invitet, sed potius in eo est persistendum; sicut veram religionem solum publico jure donare, ita falsas religiones etiam solum amovendo aut puniendo tollere est summæ potestatis; idque cum per totum religionis corpus, tum per omnes ejus partes singulares. Hinc Gerhardus optime monet, ne tales sint Leges, quæ cum officio ministrorum pugnent, ne quid temere aut sine matura deliberatione mutetur, item ne sine consilio Ministerii ecclesiastici Leges ferantur, sed ut *Augustana Confess. art.* 28. habet, tales sint ordinationes, ut res ordine gerantur, non ut per illas mereamur gratiam aut satisfaciamus pro peccatis aut obligentur conscientiæ, ut judicent esse necessarios cultus, ac sentiant se peccare, cum sine offensione aliorum violent. Valet enim ratio, quam Dn. Bruckneru*s in Not. ad* Schuz. *Man. Pacif. de Jurisd. eccles. p. m.* 195. adfert: Quod Deus homines ita condiderit, ut quilibet fidei suæ rationem ipsi aliquando reddere debeat, nec excusatio aliquando sufficiat, quod quis crediderit, sicut voluit is, sub cujus jurisdictione ecclesiastica vivit. *Collat. Habac.* 2. Justus fide sua vivit. Res ergo sunt mere arbitrariæ, ut de ordine, de tempore, de modo, rituque sacrarum functionum, de quibus Summa Potestas disponere potest & disposita ab Imperatoribus leguntur, ut docet Codex Justinianeus & Corpus Recessuum Imperii, & confirmant Principum Imperii ordinationes ecclesiasticæ publicatæ in suis ditionibus, ut in Saxonicis, Brandenburgicis, Brunsuicensibus, Palatinis, Austriacis, Hassiacis, Wurtenbergicis, Mecklenburgicis, Hohenloicis, Oettingensibus & ferme in omnibus evangelicis territoriis; de quibus ordinationibus ecclesiasticis mentionem facit Bœhmer. *in Dissert. de Praxi Jur. Can. in terris Protest. cap.* 3 §. 11. 12. *seqq.* Hinc & in arbitrio

Principis est positum, Consilia ecclesiastica, Consistoria & alia erigere Judicia ecclesiastica, de quibus definiendo ea dicit D. Schwed. *J.P. part. spec. sect.* 2. *cap.* 12. §. 4. *seqq.* quod sint à Domino Territorii vi superioritatis ex sanctiore præ aliis vitæ integritate & sincero ac infucato religionis candore fulgentibus, omnique suspicionis, sordium aut hæreseos labe carentibus Theologis & JCtis constituta, ut in causis, quæ fidei Christianæ veritatem, curam animarum & divina officia ac ceremonias, itemque disciplinam ac controversias ecclesiasticas seu bonorum seu personarum & actiones concernunt, loco territorii domini cognoscant ac judicent. Distinguitur tamen Senatus ecclesiasticus à Consistorio in eo, quod ille negotia & jura Episcopalia, sive quæ ad Politiam ecclesiæ spectant & sibi Princeps specialiter reservavit, nomine Principis expediat, adeoque Consistorio non subjaceat; hoc vero ecclesiasticas causas ordinat; vid. D. Struv. *Synt. J.P. cap.* 26. §. 28. Quamvis vero omnes quicquam de hac re statuentes concedant, Judicia illa non propriam exercere jurisdictionem, sed omnia nomine Principis orthodoxi scil. agere; multum tamen de quæstione illa: utrum Princeps jus ordinationes sanciendi per Ministerium ecclesiasticum exercere debeat? contra Carpzovium, Mevium, Reinkingium & Johannem Olearium affirmativam quæstionis sententiam defendentes disputavit Bœhmerus *diss. jam cit. de Praxi* J. C. *cap.* 3. §. 7. asserens potius, propter rixas & contentiones, quæ inter Clericos possent exsurgere & ex his schismata, novæ sectæ & alia incommoda, Principis solius gratiam ex jure summo circa Sacra libertatem ecclesiæ recte quodammodo restringere posse. Ast forsan inter hos DD. non adeo magna erit differentia, si solummodo quæstio maneat de mere arbitrariis, quæ non schismata, sectas novas aut hæreses, aliaque inducunt damna; Sin autem hæc sint metuenda, necessitas & prudentia suadet absque consensu Ministerii nihil innovandum, præprimis cum pacta cum subditis inita, ut in Saxonia Electorali, testantibus Reversalibus Electoris Joh. Georgii II. Anno 1676. & Constitutiones cum consensu Statuum factæ, obstent, ut in Ducatu Mecklenburgico, qua in causa Legi meretur Conclusum Cæsareum, quod exhibet Faber in der Staats-Cantzley *Tom.* 49. *cap.* 10. *n.* 1. atque tutius erit, naturale & cuivis Collegio proprium illud sequi, ut quæ ad ordinem Collegii faciunt, mutuo pacto à Collegiis quoque adornari queant. Quia

Prin-

Princeps orthodoxus etiam qua summus gloriatur, quod sit verum membrum ecclesiæ veræ in Republica & quique Principes religiosissimi viros prudentia Theologica claros in consilium adhibere non dubitaverunt, sed & necessarium duxerunt; prout egregie probat & demonstrat latius Hertius *in tractat. de Jure reform. dist.* 1. *part.* 1. *th.*17.*seqq.*

§. XIII.

Inter hæc alia adhuc est quæstio: Num Princeps præcise judicium quoddam ecclesiasticum vel Consistorium suæ religionis subditis constituere teneatur? Quod negatur non solum propterea, quod omnium Judiciorum constitutio ad arbitrium Principis pertinet, & quatenus aliud pactis cum Statibus provincialibus initis haud provisum est, libere de illis disponere potest, sed etiam quod praxis quoque quorundam locorum huic sententiæ accedit, cum in quibusdam locis Consistoria specialia deficiant & causæ ecclesiasticæ indistincte in Cancellariis expediantur, quemadmodum Hamburgi fieri annotavit ex Dn. Stryk. *Not. ad* J. *Eccl.* Brunnem. *lib.* 3. *cap.* 1. §. 2. Bœhmerus *de Jur. Episc. princ. Evang. cap.* 3. §. 5. Itemque in Comitatu Sultzbergico superiori & Pyrbaumensi; hoc tamen addito: Cum judex debeat esse juris & æqui peritus, ac scientia Theologica inserviat rei ecclesiasticæ, Theologi in causis ecclesiasticis non sunt negligendi, prout & mos ita obtinuit. Præterea & à Consistoriis ad Principem appellatur, & causæ avocari possunt, probante Rhetio *de Jur. Stat. Imp. circ. Sacr. cap.* 3. §. 21. & Bœhm. *cit. diss. cap.* 3. §. 5. *seq.* Ac cum de Consistoriis plura videri possint apud Ernest. Gothofr. *de jure Consistorii*; Weber. *de Consist. ad* Ohm. *allegat. l. th.* 16. *in fine*; jam ulterius quoque de bonorum ecclesiasticorum legitima dispensatione videamus. Hæc bona ecclesiastica vel sunt res sacræ, quæ publica authoritate partim simpliciter Deo sunt consecratæ, ut ædes sacræ, altaria, calices, libri, ornamenta, vestes &c. partim non simpliciter Deo dedicatæ, sed solum pro sustentatione Ministrorum Ecclesiæ sunt destinatæ atque regulariter bona ecclesiastica dicuntur; vel sunt religiosæ, ubi quis mortuum intulit, ut cœmeteria & templa, &c. vel sunt res sanctæ, quæ ab hominum injuria sanctione quasi munitæ, ut muri, portæ, legati tam hostium quam amicorum. Has vero res sacras & religiosas,

 sive

ſive bona inquam, quia in uſu ac Miniſterio Dei conſiſtere dicuntur, cenſura hominum quoque extra patrimonium noſtrum deſtinavit, atque bonis privatorum non modo ſed & indictionum præſtationibus exemit & inalienabiles eſſe judicavit, ita tamen ut ſolum privatorum commercium, non vero omne imperium humanum effugiant; hinc & quatenus in patrimonio eccleſiæ conſiſtunt, quin Reipublicæ ſubjiciantur, nullum adeſt dubium, per tradita Schneidew. *Comment. in Inſt.* §. *nullius ſeq. de rer. diviſion. Pac. Relig* §. als auch den Ständen 21. *Inſtr. P. W. art.* 5. §. *ratione redituum.* 15. Dn. Eric. Maurit. *de ſeculariſat. cap.* 5. Rhet. *de Jur. Imp. circ. ſacr. cap.* 3. §. 24. *ſeqq.* Schwed. J. *C. part. ſpec. ſect.* 2. *cap.* 12. § 9. *ſeqq.* Qua ratione Reſpublica Venetorum bonorum eccleſiaſticorum diſpenſationem tutam reddiderit contra inſultus Papæ, vid. Auct. apud Beſoldum *de Majeſt. ſect.* 2. *cap.* 2. *n.* 4. Quid quod & ipſa jura civilia bona eccleſiaſtica certis ſubjecerunt caſibus, ubi alienatio adhibitis quibusdam ſolennitatibus, accedente nimirum cauſæ cognitione, authoritate ſuperioris & cujus facta ſunt ſacra conſenſu æque ac Cleri, valet, ut in cauſa pietatis pro redimendis captivis; tempore famis, pro alimentis pauperum; 2. in cauſa neceſſitatis, ſi æs alienum urgeat, & 3. ex cauſa utilitatis, ſi conditio eccleſiæ ſit melior, Schneidew. *cit. loc.* Quod & in terris Proteſtantium moris eſſe teſtatur Rhet. *cit. diſp.* imo & ſtatuta, ne bona immobilia perſonis eccleſiaſticis vendantur ſine conſenſu Principis, memorat Venetorum; promulgatum Ferdinandi Auſtriaci, Regis Romanorum, tunc temporis Ducis Wurtembergiæ de Anno 1524. Civitatis Colonienſis, Ducatus Juliacenſis, itemque Ducatus Bavariæ; (teſtante Schmid. *ad Jus Bavar.*) quæ & in Camera probata eſſe ex Klockio aſſerit. Contra hæc vero ſtatuta eorumque defenſores etiam DD. Catholicos imo Theologos, quos refert Paulus Laym. *in Theologia morali lib.* 4. *tract.* 9. *cap.* 8. diſputat P. Engel. *in Coll.* J. *C. lib.* 3. *tit.* 49. §. 2. & quidem principiis ductus vel potius ſeductus ſequentibus: Quod traditiones ſint juris divini; quod Chriſtus, quando Petrum juſſerit exſolvere tributum pro ea vice ad evitandum ſcandalum, immunitatem Clericorum hoc ipſo confirmaverit; quod omnis anima debeat eſſe ſubdita ſublimioribus poteſtatibus in competenti genere juriſdictionis, ſpirituales ſpiritualibus, Laici laicalibus; & quicquid ſibi Principes ſeculares in eccleſia poteſtatis primitivæ arrogarint, totum

tum

tum id non tam via juris quam facti & per usurpationem practicatum sit.

§. XIV.

Sicut autem hæcce principia pontificia adhuc sunt probanda, ita eo magis ab Evangelicis rejiciuntur, quia & ipse Engel. *tit* 38. *n.* 5. concedit Laico Patrono Ecclesiæ inspectionem, quoad ecclesiam & ejus bona, ne male alienentur aut dilapidentur, & si quid in detrimentum ecclesiæ fieri deprehenderit, non solum beneficiatum de notabili negligentia circa divina moneat honeste, sed & Episcopo denunciet; Ecclesiam, ut Advocatus defendat, rationesque in genere, licet non adeo rigidas exigat Patronus Ecclesiæ, & quæ de jure competere ipsi ulterius probat. His vero concessis jam addi debent: Si cuilibet, in hoc extenso juxta versiculos vulgatos, Patrono debetur honos, onus, emolumentum, præsentet, præsit, defendat, alatur egenus, sane & summo Principi in eminentiori gradu illa attribuenda erunt. Siquidem non solum est custos utriusque Tabulæ, sed etiam à Deo constitutus, ut evellat & dissipet vitia subditorum & contra ædificet & plantet virtutem & religionem Christianam. Quo ergo finis ille obtineatur, jus visitandi legitimum erit remedium. Equidem *Concilium Tridentinum Sess. XXIV. de Reform. cap.* 3. *in fin. vers. Patroni.* Patronos veram aliquam jurisdictionem in beneficiatum usurpare aut visitationem instituere prohibet, verum *Instrumentum Pacis Westph. art.* 5. *§. omnia quoque monasteria* 26. *in medio* etiam Aug. Confess. addictis Principibus in bonis ecclesiasticis mediatis à Catholicis realiter & plene possessis jura inspectionis, visitandi & corrigendi sarta tectaque manere jubet. Et licet ecclesia proprie dicta sit congregatio Sanctorum & invisibilis, consideranda tamen quoque est ut cœtus externus, de quo Principi expedit scire, qualem Deo exhibeat cultum, quæ principia religionis profiteatur, secundum quæ moralia præcepta suas instituat ac dirigat actiones externas. Dum enim in actiones hominum, sintne bonæ vel malæ? est inquirendum, earum quoque originem indaget, necesse est. Et frustra de malo & vitiis extirpandis cogitatur, nisi prius causa actionis pravæ removeatur; perinde & frustra de virtutibus inter subditos plantandis examen instituitur, nisi Leges & principia, secundum quæ actiones instituuntur, recta ac

ſaluti publicæ adæquata deprehendantur. Anton. Faber *de religione regenda in Republ. lib. 2. cap. 5. n. 3. ſeqq.* Cujus rei etiam exemplum habetur tempore reformationis, cum Status Imperii Proteſtantes Confeſſionem fidei Imperatori Carolo V. Auguſtæ Vindelicorum exhiberent. *Receſſ. Imp. Aug. Vindel. de Anno* 1530. *Princ. &* §. 1. *ſeqq. de Anno* 1532. *tit.* 1. *Concilium* betreffend. §. Ferner haben wir 1. *in fin.* De jure viſitandi dum dicimus, inſuper notandum eſt, quod exinde etiam pendeat conſtitutionibus canonicis introducta procuratio, quæ nihil aliud P. Engel. audit, quam victus & ſuſtentatio debita Epiſcopo pro eo tempore, quo eccleſias ſuæ diœceſis viſitat, danda ex reditibus eccleſiarum viſitatarum, quam & Principes evangelici jure viſitationis in bonis Catholicis ſupra dictis pariter ac aliis juribus, primariarum precum, Advocatiæ, *de qua Advocatia ab Imperatore Proteſtantium Eccleſiis non minus ac Rom. Catholicis æquali jure præſtanda vid. Schvveder. Diſp. &c.* gaudent.

§. XV.

Inſtituta inquiſitione ſive Viſitatione, ac compertis ſchismatibus, hæreſibus, inanibus contentionibus, hæreticorum conventiculis, ſacrarum Scripturarum dubiis, ac denique turbidis eccleſiæ temporibus ita, ut de reformandis ordinationibus eccleſiaſticis, vel propagatione atque unione religionis agendum, Principis erit, dubiis in caſibus convocare Synodum aut Concilium. Quæ ſint requiſita Concilii univerſalis tradunt Evangelici Electores, Principes & Status, monendo. 1. Quod indicendum & convocandum ſit ab Imperatore; 2. Celebretur in Germania in loco impartiali & cuilibet publica & pleniſſima aſſecuratio & ſalvus Conductus concedatur in optima juris forma; 3. Congregetur ex idoneis perſonis & qualificatis omnium nationum eccleſiaſticis; 4. Accedant & Laici & Politici; 5. Sit Concilium univerſale ſive œcumenicum omnium nationum Chriſtianarum; 6. Remittantur juramenta illis, quibus Papæ ſunt obſtricti; 7. Tollantur omnes proceſſus, cenſuræ, aggravationes, excommunicationes per bullam cœnæ; 8. Solus Chriſtus ſit Præſes in Concilio; 9. Sola Scriptura ſit regula & norma judicandi; 10. Conſulantur etiam doctrinæ S. Patrum in punctis controverſis; Collat. Ant. Fabr. *de religione regenda in Republ. lib. 2. cap. 5. n. 25. ſeq.* Et quanta ſit

sit potestas in Synodo congregata Magistratus, exposuit Grot. *sæpe cit. tract. cap.* 7. quamque ipse Pontifex concedat & olim concesserit ex salvo Conductu Protestantibus supra cit. dato, apertum est. Brevibus; Vedelius *in disp. de Episc. Constantini M. ad quæst.* 1. notat ita: Certe Magistratus judicat de religione, sed & Pastor judicat & fidelis quilibet. Pastor, ut veram religionem doceat & res ecclesiasticas rite administret; fidelis quilibet, ut Deum recte colat; Magistratus, ut veram religionem & ecclesiam tueatur atque defendat non falsam; quibus adjiciendum: in Concilio decreta vera & statuta confirmet, promulget, vim authoritatemve illis tribuat, non quasi ante nulla credendi necessitas fuerit, sed ut has quoque esse partes religionis, quam unice in Republ. obtinere & exerceri velit, manifestum sit. Grotius controversiæ, quæ inter Romano-Catholicos atque Evangelicos intercedit, mentionem faciens, hunc esse verum statum controversum autumat: An post Apostolorum ætatem aut persona aut Cœtus aliquis sit adeo spectabilis, de qua quove certi esse possimus ac debeamus, quæcunque ab ipsis proponuntur, esse indubitatæ veritatis; quodque Evangelici hoc negent, ajant Romanenses. Ast ex jam allegatis, Evangelicos scilicet non abhorrere suprema ecclesiæ judicia, sed solummodo infallibilem illam, prætensamque authoritatem, quam soli sibi arrogat Pontifex Romanus, patet, hunc potius esse verum controversiæ statum: Num Papa Rom. sit supremum visibile & infallibile ecclesiæ caput, qui omnes judicet, ipse vero à nemine judicari possit; & quæ ulterius inde concluduntur falsa & absurda? Hæc Evangelici negant, ajunt Romanenses. Cæterum non prohibetur Princeps, si maxime in sacris literis ipse sit versatus, sententiam suam in ipso disquisitionis actu dicere, aut de iis, quæ à Patribus decreta sunt, priusquam ea confirmet, sana mente judicare, quin & sine Concilio de iis quæstionibus indifferentibus, verboque divino aut legitimo jam Concilio satis definitis, quo religionis uniformitas conservetur, decernere. Hoc præstitisse primos gloriosissimos Imperatores, Cusanus Cardinalis *lib. 3. de Concord. Cathol. cap.* 16. fatetur; & Regem Sueciæ Gustavum, Reginamque in Anglia Elisabetham, publica prius de præcipuis fidei christianæ articulis instituta disputatione, cujus ipsi præsides fuere, religionis reformationem suscepisse, & leges de doctrina promulgasse, testatur Chytræus *Chron. Saxon. pag.* 292.

Be-

Besold. *de Jur. Maj. sect.* 2. *cap.* 6. *n.* 7. De Jubilæis jejuniis, feriis, aliisque festis instituendis, vid. jam cit. Autores; de Calendariis introducendis autem Allerunterthänigstes Schreiben und Vorstellung an Ihro Röm. Kayserl. Majest. von dem *Corpore* Corpore Evangel. d. d. 26. Jul. 1724. exhibit. à Fabro in der Staats-Cantzeley *Tom.* 48. *cap.* 9. *n.* 3. *Collat. Tom.* 47. *cap.* 10.

§. XVI.

Atque hæc sunt, quæ, ut rectus divinus cultus conservetur, requiruntur; quo autem collapsus cultus religiosus & corruptus restituatur, Gerhardus necessariam censet inquisitionem in errantes, præsertim hæreticos & seductores. Certum enim est, ingentia in Rempublicam ex religionis dissidio redundare mala; teste ipsa experientia, ad quam *Pax Relig.* §. 7. 9. 13. *Pax Westph. art.* 5. *princ.* provocat. Et licet partes ultimato unam eandemque & temporalem & æternam intendant felicitatem; quia vero diversa sibi eligunt media ad hanc felicitatem ducentia, atque ejusmodi edunt actiones, quæ ab una parte justæ, ab altera parte vero iniquæ reputantur, aliter tandem fieri haud potest, quam ut exacerbationes animorum, dissidia verborum, offensiones ex actionibus ab una parte pro justis, ab altera autem parte pro iniquis habitis, & postmodum cruenta bella oriantur. Quibus ita comparatis, urget necessitas, ut summa potestas omni eo allaboret studio, religionis unitatis restaurandæ, vid. *Recess. Imp. jam allegati*; in quibus omnibus de amicabili religionis compositione mentio & reservatio facta. De qua unione, ejusque repuisitis etiam Schwarzenav. *in Syst. Theol. Loc.* 12 *thes.* 6. *pag.* 259. ita disserit: Nam ut anima & corpus conjunctim unum naturale constituunt, ita ad unitatem ecclesiæ spiritualem non minus requiruntur dona interiora, quam exteriora; ut media ordinata sunt ad consequendum finem, ita externa verbi & Sacramentorum communio tendit ad internam donorum Spiritus S. participationem. Interior quoque Sanctorum communio ordinarie non potest esse in ecclesia, sine externa divinorum mediorum verbi & Sacramentorum participatione: Cum donorum Spiritus S. participes reddamur non ἀμέσως sed ἐμμέσως, non ἐνθουσιαστικῶς sed ἀκουστικῶς, quatenus scil. absolute consideratur usus mediorum divinorum, non vero limitate, prout usus est publicus & conspicuus,

quo

Digitized by Goo

quo sæpius ecclesia destituitur in presso statu ac persecutionibus. Promovendæ ergo huic unioni & religionis deperditæ restaurationi inserviat inquisitio in errantes, hoc est, Princeps fidei professionem & rationem prius exposcat, post hæc ad lydium lapidem Scripturæ sacræ probari, examinari, refutarique ex verbo Dei jubeat, tandemque quid verbum divinum pronunciat, statuat, sicut præcedenti §. jam dictum.

§. XVII.

Inter hæc probe indagandum, quinam sint errores, hæretici, & seductores? & notandum, rem esse arduam atque difficilem, prout sic semper recteque arbitrati sunt Imperatores & Status Imperii, quotiescunque hujus rei meminerint. Quamvis enim definitiones in promptu sint, ut definit Rechenbergius *in Append. Tripart. Isag. part.* 3. *cap.* 1. §. 8. *&* 9. Hæresis est nihil aliud, quam sententia præter aut contra Scripturam sacram prolata ac doctrinam fidei inde probatam impugnans, quæ pertinaciter ab Autore defenditur; Collata definitione, quam Lambertus Danæus *Proleg. cap.* 3. *Comment. in Aug. lib. de hæresi* exhibet; Hæresis est electio perversæ falsæque de eo, quod ad animarum salutem ex verbo Dei credi debet, sententia, quam pertinaciter defendimus, sive illa à nobis reperta, sive jam ab alio inventa; *&* §. 11. duo vitia in hæretico cumprimis notat: unum mentis seu intellectus, errorem scilicet circa dogma fidei in Scriptura sacra revelatum; alterum voluntatis, quod est pertinacia in palliando aut defendendo errore demonstrato. Utrumque adsit necesse est, si quis hæreticus censeri debeat, ut August. *lib. de hæresi in præfat.* loquitur: non omnis error hæresis est, quamvis omnis hæresis, quæ in vitio ponitur, nisi errore aliquo, hæresis esse non possit. Itemque Schwarzenav. *in Syst. Theol. Loc.* 16. *thes.* 5. hæreticos intelligit illos, qui in fundamentalibus fidei articulis errantes, errorisque convicti pertinaciter perseverantes sunt. Non autem omnes errantes esse hæreticos deduxit Lutherus *lib. de Conc. Tom* 7. *Jen Germ. fol.* 232. Clemens Alexandrinus *lib.* 8. *Strom. fol.* 777. *Edit. Paris. Sylburg.* adfert, quod hæresis sit dogmatum inclinatio, aut, ut quidam dicunt, inclinatio, quæ multis dogmatibus præbet consequentiam inter se & ea, quæ videntur, tendens ad recte vivendum. Thomas Aquin. *lib.* 2. *cap.* 2. *qu.* 11.

art. 1. *&* 2. hæreticum cum Auguſtino *lib. de utilit. Cred. ad Honoratum cap.* 1. deſcribit, quod ſit is, qui alicujus temporalis commodi & maxime gloriæ principatusque ſui gratia falſas ac novas opiniones vel gignat, vel ſequatur; quam deſcriptionem convenire Jeſuitis papatum ſtabilientibus dicit Rechenberg. *l. c.* §. 7. *&* 13. adferendo: Pontificiis illum eſſe hæreticum, qui Romanæ Eccleſiæ non concordat, prout Gregor. VII. Epiſc. Rom. *lib.* 7. *Epiſt.* 24. tradit, atque ſimul confirmat decretum Gregorii IX. *in Decret. cap. abolendum de Hæret.* Id quod latius expreſſit P. Engel. *lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. definiendo hæreſin, quod ſit error contra aliquam fidei Catholicæ veritatem cum pertinacia junctus in eo, qui fidem ſuſcepit; & amplius ita explicando ad hæreſin 3. requirit 1) errorem contra fidem Catholicam, id eſt, contra id, quod Pontifex ex Cathedra loquens vel Concilium autoritate Pontificis legitime congregatum tanquam veritatem Catholicam definivit, & ejus contrarium ut hæreticum damnavit; 2) pertinaciam, hoc eſt, ut aliquis ſciens ſuam ſententiam eſſe extra eccleſiæ definitionem & autoritatem nihilominus eam defendat & ſequatur; 3) Ut hæreſis committatur ab eo, qui fidem ſuſcepit. Gothofr. *ad L.* 2. *C. de ſumma Trinit.* notat, quod hæreſis ſit obſtinatioris animi dementia ex verbis Textus: nulla ad exercendam obſtinatioris animi dementiam pateat occaſio hæreticis. Thomaſius *in Probl. Jurid. an hæreſis ſit crimen?* examinans definitionem illam §. 3. quod hæreſis ſit error in fundamento fidei ejus, qui eſt aut fuit membrum Eccleſiæ, fundamentum fidei eſſe dicit amorem Dei ac proximi & odium & contemtum ſui ipſius; errorem iterum per aberrationem à veritate definit, & pertinaciam §. 6. dupliciter explicat; vel enim, inquit, denotat ejusmodi nævum intellectus, quo quis nihil poteſt adverſus veritatem proferre, interim tamen ſententiam erroneam non mutat ob præjudicium autoritatis, & quod huic innixus ejus intellectus non aſſentiatur veritati: vel denotat malitiam in voluntate, qua quis convictus in intellectu de veritate rerum, non tamen vult illam convictionem confiteri, ſed contra conſcientiam falſa docet. Prior illa eſt pertinacia impropriè dicta, poſterior raro dabilis, cum naturæ humanæ fere impoſſibile ſit, niſi forte metu doloris, aliter loqui de rebus ad intellectum pertinentibus ac ſentiat; tandemque §. 8. hæreſin hæretificium, & hæreticum hæretificem eſſe aſſerit: *Collata diſp. de Jure Principis circa hæreticos*, ubi ex hypotheſi juris

ris clericalis §. 19. hæresin definit, quod sit dissensus etiam levissimus eorum, qui unius sectæ inter Christianos sunt, à judicio Cleri & libris symbolicis ab ipso, ut sint norma fidei aliorum, confectis. Syncretistæ hæreticum proprie dictum esse ajunt, qui dogma quoddam fidei in symbolo Apostolorum propositum positive & directe negat, vid. D. Calov. *Syst. Theol. Tom.* 1, *Sect.* 2. *qu.* 19. Quod autem si admiseris, inquit Rechenberg. *cit. loc.* §. 13. impiæ doctrinæ defensores, orthodoxi erunt; Et licet, inquam, hæc omnia à multis latius adhuc demonstrentur, attamen quæstio semper est de articulis fidei, tanquam mediis ad salutem ducentibus, dum quælibet pars suam sententiam veram & ex sacris haustam jactitat. Ideo Imperatores & Principes Imperii omnes, omnibus assentientibus Europæ Regibus, Statibus & Principibus consilium iniverunt, libertatem conscientiis concedendi, dissidiumque religionis inter Catholicos & Evangelicos in Imperio Rom. Germanico sola amicabili compositione atque partium consensu tollendi. *Pac. Rel.* §. 14. 15. *Confirmante Instr. P. W. art.* 5. §. 1. 10. 14. 29. 31. *&* 52. *art.* 17. §. 10. *&* 11.

§. XVIII.

Sed quæri posset: An non hac ratione revera Syncretismus introductus esset? Quia una sola est via ad felicitatem æternam, una sola est vera religio & veritas: Verum enim vero hoc minime concedendum, neque è verbis Legum erui potest. Primo enim *in Instr. P. W. art.* 7. §. 2. expresse cautum legitur, ne præter religiones Aug. Confess. addictorum & illorum, qui inter eos Reformati dicuntur, atque Catholicorum ulla alia in sacro Rom. Imperio recipiatur vel toleretur, *collat.* §. 17. *Pac. relig. & Recess. Imp. de anno* 1566. §. 5. 2.) Dissidium religionis non solum tollendum necessarium ductum, sed & reservatum est, ut habetur *Rec. Imp. de anno* 1530. *princ. verb.* und sonderlich wie der Irrung und Zwiespalt halben unsers Heil. Glaubens und Christlichen Religion (als nicht der geringsten Beschwerung eine) desto fruchtbarlicher gehandelt und geschlossen werden möchte, wie derselbige Zwietracht des Glaubens hinzulegen, Wiederwill fürzukommen, ergangene Irrsal Christo unserm Seligmacher zu ergeben, und eines jeden Gutbedüncken und Meynung zwischen sich selbst in Liebe und Gütigkeit zu hören,

zu verstehen und zu erwegen, die zu einer einigen Christlichen Wahrheit zu bringen und zu vergleichen, alles, so zu beyden Theilen nicht recht wäre ausgelegt oder gehandelt, abzuthun, durch und durch alle eine Religion zu halten, und wie wir alle unter einem Christo sind und streiten, also in einer Gemeinschafft der Kirchen und Einigkeit zu leben; vid. *Concil. Trident. Sess.* 13. *cap.* 8. ubi in decreto prorogationis habetur, quod Catholici & Evangelici eundem omnes Deum & redemptorem agnoscant. Quem in finem etiam colloquia instituta, Concilium Tridentinum indictum, aliæque conventiones celebratæ fuerunt, & celebrandæ reservantur, ut nimirum juxta Evangelicorum Electorum & Principum mentem, genuina, vera prophetica & apostolica doctrina in orbem christianum iterum introducatur; Decreta antiquissimorum Conciliorum renoventur, doctrina S. Patrum restauretur & restituatur, omnes doctrinæ seducentes, inutilia sophismata & futiles disputationes exterminentur, omnes traditiones humanæ, veram pietatem impedientes, tollantur, reformatio salutaris apud omnes Status instituatur, omnia dissidia & simultates componantur, constans atque christiana concordia erigatur, honor Dei amplificetur, & salus hominum pr[illegible]oveatur. Cæterum 3.) ad unum omnes unum verum venerantes Deum, uno baptismate initiati, Christiano nomine censentur, atque illud Nomen Catholicorum *l.* 1. *C. de Summ. Trinit.* cum amplecti jubentur, tum in omni honestate & pietate juxta Dei verbum vivere tenentur; ita ut certe Syncretismus nullum obtineat locum perinde ac aliæ Sectæ prohibitæ, Anabaptistarum aliorumque, sed solummodo pax publica & & concordia. Bœcl. *Inst. Politic. lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. Sicut enim 4.) Catholici *Recess. Imp. de anno* 1530. §. 10. sibi invicem fidem dederunt, de religione sua Romano-Catholica retinenda & protegenda; ita etiam Evangelici declararunt, se nullam aliam, quam in August. Confessione contentam religionem evangelicam veram professuros; vid. Abschied durch etlicher Chur- und Fürsten zu Naumburg die 12. Mart. 1555. aufgericht & Lehm. *Acta publica de Pac. Relig. lib.* 1. *cap.* 27. utramque vero tueri & protegere Imperatores juramento obstringuntur.

§. XIX.

Proinde, si adhuc aliæ, quod Deus avertat, orirentur Sectæ, Ma-

Majestatici juris est, seductores & hæreticos coërcere. Qualis autem sit coercitio, videndum. Pœnæ jure imponuntur delictis. Quæritur ergo: Num crimen hæreseos sit delictum puniendum? Si hac de re audiamus Pontificios, Zanchium, Becanum, Bullingerum, Gabrielem Antonium Comitem Erdœdi & Episcopum Agriensem *in Opusculo Theologico Tornaviæ* 1721. *impresso*, hi simpliciter, P. Engel. vero ex Jul. Clari *lib.* 5. *Sentent.* §. *hæresis. n.* 7. Magistratui seculari hæreticos tunc demum tradendos, ibidemque morte afficiendos & juxta consuetudinem concremandos esse, asserit, quando semel solenniter ea mandato Judicis ecclesiastici abjurata hæresi denuo in eam relapsi sunt. *Coll. J. C. lib.* 5. *tit.* 7. §. 15. Cum hac limitatione: In Germania pleræque hæreticorum pœnæ fortassis tantum locum habent circa hæresiarchas, qui nova dogmata velut novas hæreses inveniunt, non autem circa Lutheranos & Calvinistas, qui ex variis pactis & concordiis, si non consentiente saltem dissimulante Pontifice (utpote quibus ob potentiam resistere cum effectu non potest) hactenus inter Catholicos tolerantur. Thomasius Illustr. in suo Problemate juridico contra negat, crimen esse hæresin; negat esse puniendum. Confer. Müller *in Elect. Jurid. Hist. Tom.* 2. *cap.* 3. §. 4. Negat etiam hæreticos ad fidem & media esse cogendos, sic enim §. 10. contra objectionem Pomarii *part.* 1. *p.* 264. *part.* 2. *p.* 44. una cum Rhetio *cap.* 3. §. 10. itemque Bœclero *Inst. Pol. lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. asserentis; hæreticos non esse pœnis mitioribus ad finem cogendos, sed saltem ad media, disputat: Nesciunt ipsi, inquit, quid velint, modo enim nec hanc mediorum coactionem volunt ad hæreticos applicari, sed saltem ad suæ religionis homines: quicquid autem velint, & hoc pure papisticum est, & maxima commiseratione dignum. Quis unquam concipere vel sibi in somniis poterit coactionem ad media sine coactione ad fidem. Ipsi sane dicunt, media esse propter finem, eadem subordinari fini; ergo & coactio ad media erit coactio ad fidem. Quid dicerent, si Pontificii se excusarent, se per metum mortis hæreticos non cogere ad religionis mutationem aut ad fidem, sed saltem ad media, auditionem missæ &c. An crudelis illa coactio Reformatorum gallica non eodem pallio inquisitoriæ pravitatis usa est, vel uti potuisset? Vid. tamen Conring. *de Majest. circ. Sacr. thes.* 107. Christiani Ludovici Ducis Brunsuic. & Lun. *Decretum de dato Zellæ,*

die 25. *Maj.* 1652. Theologi Evangelici orthodoxi quæstionem sic formant: An hæretici, qui sunt aut facinorosi aut seditiosi, pacis publicæ & civilis violatores, blasphemi absque fronte ac manifestis verbis Deum Patrem, Filium, ac Spiritum sanctum blasphemantes: an vero hæretici, ut hæretici, qua tales simplices, qui à seditionibus, blasphemiis, aliisve capitalibus delictis sibi temperant, auferendi vel pœna capitis afficiendi sint? Atque prius affirmant, posterius negant, per tradita Schwarzenavii *Syst. Theol. Loc.* 16. *thes.* 5. *p.* 104. Ast quamvis hi errantes non sint trucidandi, aliisne tamen mediis compulsivis & levioribus pœnis erunt ad fidem cogendi? Neque hoc licet. Quia 1. neque Deus homines vi compulsiva, qui tamen posset, si vellet, invitos cogit, sed datis mediis, gratiaque concessa liberum exigit cultum; neque 2. vi humana voluntas hominis, quæ æque ad fidem salvificam ac intellectus requiritur, cogi potest; neque 3. fides est opus hominis, sed solius Dei; Deus enim, secundum effatum Pauli, Judæos iterum implantare potest. vid. Hert. *Tract. de jur. reform. dist.* 1. *part.* 1. §. 17. *pluribus.* coll. Grot. *de* J. *B. & P. lib.* 2. *cap.* 20. §. 48 *n.* 1. *& de Imp. Sum. Potest. circ. Sacr. cap.* 6. §. 6. Quo igitur convertantur & in viam rectam errantes revocentur, non pœnis, non exiliis, non tormentis, sed elenchis, orationibus & persuasionibus opera est impendenda. Lamp. *diss. de Maj. Civ. autor. circ. rel.* Schwed. *J. P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 5. §. 13. Si enim verbum Dei aciem gladii superat, quid opus gladio carnificis? Optimo autem jure Majestas publicum heterodoxæ religionis exercitium nullo pacto firmatum prohibere potest; Quid, quod Dux Brunsuicensis Theologis interdixerit, ne controversiam de omnipræsentia Christi corporali quisquam vel affirmative vel negative sibi decidendam sumeret, Rhet. *cit. Disp. cap.* 3. §. 12. Et Elector Saxoniæ Joh. Georgius II. 1676. publicam missæ celebrationem in ædibus legati Cæsarei & Prælati non solum interdixit, sed & controversias Calixti & Joh. Musæi dirimere promisit, juxta resolutionem die 1. Dec. 1676. Statibus provincialibus datam. Hinc & limitare, ne offendantur orthodoxi ac seducantur, aut ad summum emigrare heterodoxos & hæreticos tumultuantes Princeps jubere potest. De quo flebili tamen beneficio Evangelicis in Imperio Romano concesso, hic non est sufficiens locus dicendi; hoc saltem annotari potest, quod sedes hujus beneficii vel potius juris emigrandi

di sit §. 60. *Rec. Imp. de Anno* 1539. ubi primum Catholicis subditis Principum Evangelicorum ab Imperatore beneficium emigrandi concedebatur, una cum promissione protectionis contra den Königlichen Land-Frieden zu Worms *de Anno* 1495. §. als daß. Er Ordnung des Land-Friedens *de Anno* 1521. *Tit.* 8. §. 1. 2. 3. & *Rec. Imp. de Anno* 1526. §. 4. 5. Principibus autem evangelicis §. 3. *dicti Rec* interdicebatur, subditos Catholicorum ad suam religionem pertrahere aut in protectionem suscipere. *collat. Recess. Imp. de Anno* 1541. §. 26. *in fin.* Ratio redditur *Rec. Imp. de Anno* 1519. §. 4. quo religionis diversæ propagatio impediatur: donec in pace religiosa §. 23. obtinendæ pacis ergo statueretur: Es soll kein Stand den andern noch desselben Unterthanen zu seiner Religion dringen, abpracticiren oder wider ihre Obrigkeit in Schirm nehmen, noch vertheidigen in keinen Weg, & §. 24. jus emigrandi & subditis Evangelicis & Catholicis concessum firmaretur *Instr. P. W. art.* 5. §. *quantum deinde* 30. Inprimis vero ex citato §. 60. ejusque verbis: ihrer Gelegenheit nach mit ihrem Leib, Haab und Gütern einen freyen Ab- und Zuzug, simul patet, hoc jus non esse necessitatis, sed voluntatis, ut probat quoque Rhetius *de Jur. Imp. circ. Sacr. cap.* 4. §. 12. *seqq.* Schwed. J. *P. part. spec. sect.* 2. *cap.* 12. §. 3. vid. Lehm. *Act. publ. pac. relig. part.* 2. *cap.* 17. *pag.* 286.

§. XX.

Alia adhuc restat quæstio sive controversia huc pertinens: An fides possit præcipi? De qua Lampadius *part.* 1. §. 23. ideo negative disserit, quia cœlitus fides infunderetur; vel quia esset objectum intellectus; vel quia religio in universum nulli legi esset obnoxia: sed Conringius ad hunc §. hanc argumentationem adeo crudam pronunciat, ut pari modo colligendum, ne à Deo quidem præcipi fidem posse, qui tamen credere homines jusserit, & incredulos pœnis æternis & horrendis propter *ἀπιστίαν* sit effecturus. Cumque præprimis fides ita sit à gratia divina, ut arbitrio nostro circa eam suus sit locus relictus in tantum quidem, ut *ἡ ἀπιστία* gravissimum voluntatis humanæ crimen sit; atque omnibus à parte gratiæ divinæ ad fidem generandam præparatis, ut supinæ negligentiæ & perversæ malitiæ tuæ acceptum sit ferendum, siquidem oblatum gratiæ divinæ beneficium frustreris. Legibus civilibus fidem non posse præcipi, verum est, legi-

legibus autem divinis, id est juris naturæ, perinde ac aliæ virtutes morales ab ipsamet natura & potestate humana jure mendatur; quia alias absurdum illud sequeretur: Nullam virtutem moralem à summa potestate civili præcipi oportere. Neque enim fides solum est objectum intellectus, sed ut artium ac scientiarum omnium acquisitio ex parte voluntati debetur, ita maxime fides. Id quod ulterius probant Gerhard. *Conf. Cath. L.* 3. *A.* 22. *p.* 359. D. J. Musæus *Tract. de Convent. disp.* 3. *cap.* 3. *p.* 265. *seqq.* Hannek. *de Justif. disp.* 1. *p.* 14. Rechenb. *App. Trip. Isag. part.* 2. *cap.* 17. *Form. Conc. Epitom. pag.* 528. *& in Declar. quorund. artic. A. C. p.* 675. plenius Schwarzenav. *in System. Theol. Acroam. Dialex. Loc.* 22. *thes.* 4. *& in Jud. Elencht. pag.* 63. Thomasius *in Problem. Jurid. an hæresis sit crimen?* §. 5. Quibus & unicum illud adjiciendum: à fidei præceptione ad coactionem fidei non valere consequentiam. Sicut enim Deus fidem quidem præcipit atque exposcit, neminem vero cogit, ita nec potestas civilis à præceptione ad coactionem progredi potest. Anton Faber. *de Rel. regend. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 189. *seqq.* Hert. *de Jur. Reform. dist.* 1. *part.* 1. *thes.* 18. Quin imo rectissime in literis Intercessionalibus Regiæ S. Majest. Boruss. ad Regem Sardiniæ pro conservanda libertate conscientiæ Wallonum anno 1725. datis & exhibitis à Fabro *Stat. Canc. Tom.* 48. *cap.* 3. *n.* 3. adseritur: Cordibus & conscientiis imperare esse solius Dei reservatum, nec Principem posse hac conscientiæ libertate privare subditos sine summa juris divini reservati læsione aut arrogantia; vel prout Aug. Conf. Electores, Principes & Status rationibus probant in Comitiis Augustanis 1555. & loquuntur: sine crimine læsæ Majestatis divinæ, apud Lehm. *Act. Publ. pac. rel. lib.* 1. *cap.* 15.

§. XXI.

Circa libertatem autem conscientiarum insuper monendum est, ne ita extendatur, ut viam ad cultum idololatricum in Republica pandat, ut seditiones exinde oriantur, ac vera religio opprimatur, sed ut potius cultus idololatricus penitus aboleatur, quod etiam Illustrissimus Gerhardus ad cultus divini restaurationem requirit. Cum vero variæ iterum de vero Dei cultu exsurgant sententiæ & disputationes, ac quælibet pars suum cultum venditet verum, cuilibet quoque parti suo abundare sensu in judicio civili concedendum

est.

est. Interea Evangelicorum de vera religione mens est, ut per eam nihil aliud, proprie & adæquate sumtam, intelligant, quam verum Dei cultum vel ad eundem obligationem, quo sive immediate sive mediate Deum prosequimur; aut rationem à Deo præscriptam, qua homo à Deo alienus per fidem in Christum θεάνθρωπον perducitur, ut eo æternum fruatur: vid. Calov. *T.* 1. *Syst. pag.* 91. 92. *& Isag. J. p.* 284. *&* 288. Schwarzenav. *Syst. Theol. procem. thes.* 4. Atque hæc veræ ecclesiæ sint criteria, uti verbum Dei pure & sincere docetur, & sacramenta secundum Christi institutionem administrantur. Quibus rite observatis recteque ordinatis cultus Dei verus externus quoque adsit, necesse est. Sic etiam Lampadius *part.* 3. *cap.* 2. §. 4. institutio, inquit, cultus est venerabilis divi Numinis certis legibus ceremoniisque facta ordinatio, ac usu cum legitimo & puro verbi & administratione Sacramentorum concurrit. Hunc ergo conservare, hunc collapsum corruptumve restaurare summæ Majestati convenit vel etiam ex hac ratione, quia jus reformandi utique ad actus imperii seu superioritatis territorialis pertinet. Ad quod jus religionem mutandi, ut scilicet Status Pontificius ad Castra Protestantium possit transire & v. v. imo religionem semel receptam mutare in suo territorio, requirit Struv. *Synt. J. P. cap.* 26. §. 24. ut quis 1.) uni ex tribus receptis religionibus accedat; 2.) hæc mutatio fiat salvo jure prioris religionis; nec 3.) pacta cum Statibus inita obstent; 4.) Personis ecclesiasticis, quæ beneficia tenent ecclesiastica, salvum maneat reservatum ecclesiasticum, ac 5.) fiat hæc mutatio sine læsione conscientiæ, ita ut nemo ad hanc vel illam religionem cogatur, nec etiam alienæ religioni addicti ullo modo lædantur; Quibus addi potest; sit hæc reformatio sacris mandatis conveniens, alias subditi impune non parent. Lampad. *Diss. de Maj. Civ. autor. circ. relig.* Quæ omnia sicut è Tabulis Pacis W. & Relig. desumta, vera sunt: ita quoque ad quæstionem: An plures religiones in una Republica tolerandæ? ex his cum Bœclero *lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. respondetur affirmative, pariter ac ad quæstiones: An pacificatio religionis Passaviensis probanda? An fides hæreticis & diversæ religionis hominibus data sit servanda? An Imperantes possint juramentum religionis à subditis præsertim in officio publico constitutis exigere? An vicinorum ob veræ religionis professionem ab ordinario Principe pressorum curam aliquam impe-

rantes alii gerere debeant? An vero pacificatio Passav. & Westphalica per Concilium Tridentinum sit sublata? An Princeps catholicus religionem evangelicam reformare vel mutare possit? Et an dominis Catholicis Territorialibus in subditos suos evangelicos competat exercitium Jurisdictionis ecclesiasticæ? Negatur. Et vid. Limn. *J. P. lib. 1. cap. 13. cum additionibus.* Grotius *de J. B. & P. lib. 2. cap. 25.* §. 8. & Bœcl. *cit. loc.* G. V. Hagen *Comitiol. Ratisb part. 1. dissert. 7.* collat. Joh. Georgii II. Churfürstl. Sächsische gnädigste Resolution auf die übergebene Præliminar-Schrifft der Prælaten, Grafen und Herren der beyden Universitäten Leipzig und Wittenberg bey dem allgemeinen Land-Tage 1676. *verbis:* Wie wir denn auch keine der Päbstlichen oder andern fremden, ausser unser einmahl erkannten und bekannten wahren Religion zugethane Person, ohne Unterschied in unsere Dienste nehmen, weniger denenselben in unsern Landen und Städten sich niederzulassen und anzukauffen, gestatten, vielmehr unser löbl. Vorfahren Exempel und Euerer bey vorigen Land-Tagen beschehenen gehorsamsten Erinnerungen nach, unseren Räthen, Bedienten und Unterthanen bey Leistung ihrer Amts- und Dienst-Pflichten auch des Homagii das Juramentum Religionis zugleich mit auferlegen, und dem Herkommen gemäß ablegen lassen wolle. Hieron Bruckner *in Not. ad Schuz. Man. pacif. quæst. 7. pag. 83. & quæst. 8. ibique citati Autores, ac infra §. 26. seqq. Diligens. comp. Pac. cap. 5. quæst. 29. n. 49. Conceptum Conclusum infra cit. §. 30. & Collection* einiger Schrifften *&c.* §. 29.

§. XXII.

Prius autem quam ad formam juris circa sacra & ulteriorem explicationem propositarum quæstionum, cumprimis ultimæ transire liceat, alios audiamus Doctores, species Juris ecclesiastici in compendio recensentes; inter quos primus esto Nicolaus Vedelius *in laudat. Disp. de Episcopatu Constantini M.* qui universæ ecclesiæ reformatæ sequentes theses orthodoxas esse contendit: 1. Quemadmodum certissimum est & extra omnem controversiam positum, Magistratum esse defensorem ecclesiæ & propugnatorem ordinis divinitus instituti, adeoque potestatis, quam Deus dedit ecclesiæ suæ, ita falsissimum est, eum tantum defensorem esse ecclesiæ & executorem sententiæ illius. 2. Magistratus pro fine præcipuo debet habere salutem & feli-

citatem populi non temporalem ſolum, ſed etiam æternam, adeoque ad eum pertinet cura veræ religionis, qua ipſe per ſe tenetur ſollicitus eſſe de ea introducenda ubi nondum exercetur, conſervanda, ubi in uſu eſt, vindicanda, ubi corrumpitur, reſtauranda, ubi collapſa eſt, & quidem hæc omnia ſecundum præſcriptum verbum Dei. 3. Poteſtas Magiſtratus ſeſe extendit ad omnes partes officii Epiſcoporum ſeu Miniſtrorum eccleſiæ. 3. Vocatio Paſtorum pertinet ad poteſtatem Magiſtratus & formaliter & objective. Seu clarius loquendo: Non ſoli Miniſtri & perſonæ eccleſiaſticæ, ſed etiam Magiſtratus de jure divino poteſtatem habent vocandi Paſtores eccleſiæ; inſuper quod Magiſtratus officium eſt, curam habere, ut ab ipſis Miniſtris in vocatione Paſtorum omnia recte fiant, & abuſus impedire imperio & poteſtate ſua. 5. Non ſolum ad Paſtores & Doctores eccleſiæ, ſed etiam ad Magiſtratum pertinet, judicium de religione ſeu rebus fidei & cauſis eccleſiaſticis unice ex verbo Dei inſtituendum: & quidem ad eum pertinet tum formaliter, tum objective. 6. Magiſtratus circa res eccleſiaſticas habet poteſtatem cum Imperio conjunctam & coactivam in Paſtores eccleſiæ & omnes perſonas eccleſiaſticas. 7. Quemadmodum Magiſtratus officium eſt, operam dare, ut diſciplina eccleſiaſtica à Chriſto inſtituta conſervetur, ita etiam ipſius curare, ut illa legitime à Paſtoribus in Conſiſtoriis & aliis Judiciis eccleſiaſticis exerceatur; efficere ne abuſus circa eam committantur; impedire, ne cuipiam injuria fiat in ejus adminiſtratione; & ſi quidem injuria alicui fiat, aut facta ſit à Paſtoribus per exercitium ſeu potius abuſum diſciplinæ eccleſiaſticæ ſive in Conſiſtorio ſive in Synodo, licet ei apud Magiſtratum conqueri, ut cuſtodem ac vindicem externi ordinis in eccleſia à Chriſto inſtituti, & tunc tenetur Magiſtratus ex officio proſpicere conquerenti. 8. Magiſtratus habet poteſtatem Leges ferendi eccleſiaſticas verbo Dei non repugnantes, tam circa perſonas quam circa res eccleſiaſticas. 9. Eccleſiaſtici non habent poteſtatem Leges condendi proprie ſic dictas, ſed tantum διατάξεις, ſeu ordinationes & conſtitutiones, quæ non obligant conſcientias extra caſum ſcandali ſeu contemptus, atque ut vim Legum accipiant, opus habent autoritate & confirmatione Magiſtratus, quæ ubi acceſſit, obligant reſpectu non Miniſtrorum, ſed Magiſtratus etiam extra caſum ſcandali ſive contemptus. 10. Nullus homo, quicunque

cunque tandem ille sit, sive Episcopus sive Magistratus, potestatem in rebus ecclesiasticis absolutam habet, ita ut pro arbitrio quælibet statuere vel decernere possit, aut debeat circa religionem & res ecclesiasticas; sed perpetuo meminisse debet, se Ministrum Dei esse, adeoque ad ejus jussa ac voluntatem in verbo Dei contentam se in omnibus componere & contra eam nihil decernere aut facere. 11. Magistratus summus in rebus ecclesiasticis ministris subjectus seu subditus sensu pontificio nequaquam est, & non nisi falso ab illis dicitur: ab orthodoxis autem quibusdam tantum catachrestice seu abusive Magistratus Ministris ecclesiæ subditus esse dicitur. 12. Ministri ecclesiæ aliquo modo pendent à Magistratu in rebus ecclesiasticis & eatenus ei subjecti in illis sunt. 13. Magistratus summus in ecclesia Christiana primum locum obtinet; & ita Vedelius.

§. XXIII.

Hunc Vedelium excipit Rhetius, qui in Disputatione de Jure Imperii circa Sacra Jus Statuum circa tria objecta versari tradit. 1. Circa divini cultus rationem in se spectatam; 2. circa personas & 3. res. Ad 1. refert jus reformandi sive facultatem religionem mutandi & introducendi talem, qualem Princeps ipse amplectitur, potestatem Leges ecclesiasticas de doctrina, ceremoniis & cultus ferendi, jus ferias ordinandi & calendaria introducendi; ad 2dum pertinere dicit, potestatem ordinem ecclesiasticum decenter instituendi, legibus præscriptis determinandi; jus dignitates ecclesiasticas conferendi, vocatos ecclesiæ Ministros removendi seu degradandi & in eos animadvertendi; facultatem dispensandi in jure civili prohibito, jus Consistoria & Judicia ecclesiastica erigendi, jusque Concilia indicendi; ad 3tium spectare censet, bonorum ecclesiasticorum dispensationem, distributionem, jus advocatiæ & alienandi bona ecclesiastica, item jus, ne quis Ecclesiam vel alium locum religiosum nisi statuum seu ejus, sub quo vivit, explorato consensu ædificet; jus tandem scholas & academias erigendi. Jac. Lampadius *de Republ. Rom. Germ. part.* 1. §. 17. *seqq. collat. part.* 3. *cap.* 2. & 12. curationem rerum divinarum in his tribus consistere adfert: vel in ipsis fidei præceptis, iisque aut instituendis aut conservandis; ubi Majestati civili tribuit divinarum Legum conservationem; vel in constitutione externi cultus, & ordinatione

dinatione Ministerii, ubi summæ potestati adscribit curam omnium rerum, quæ cultui Dei deserviunt, Ministrorum institutionem, inspectionem, Conciliorum coactionem & omnia quæ ad externam doctrinæ puritatem faciunt; vel in ipso verbi Ministerio obeundo, ubi Magistratui rite vocato & ordinato munera ecclesiæ, ut verbi prædicationem, sacramentorum administrationem, potestatem clavium ac imposturas retundendi addicit. De quibus vero, bono ordine quidem acta sed alia, censet Conring. refellendo quædam, commodius tradi potuisse ad Lamp. *part.* 1. §. 17. Ant. Faber *de rel. reg. in Republ.* quinque Capitibus consistere Jurisdictionem ecclesiasticam, & *lib.* 2. *cap.* 3. de instituendis & officio removendis ecclesiæ rectoribus; *cap.* 4. & 5. de visitandis ecclesiis & falsis cultibus corrigendis; *cap.* 6. de foro ecclesiasticis hominibus competente, ipsorumque privilegiis; *cap.* 7. de bonis sacris administrandis & *cap.* 8. *seqq.* de dijudicandis causis, quæ ex utroque tam divino quam civili jure mixtæ atque concretæ esse videntur, tradit. Jus Sacrorum Dn. Struvius *Jurispr. Publ.* *cap.* 26. §. 22. ita definit, quod consistat in jure patronatus regio, ejus ratione singuli Status Evangelici in terris suis, ea, quæ ad defensionem & provisionem ecclesiarum, directionem religionis atque Status ecclesiastici faciunt, libere exercent, Leges ecclesiasticas promulgant, Synodos & Colloquia indicant, circa bona ecclesiastica disponunt, ita ut ab illorum judiciis ecclesiasticis nulla detur provocatio, si modo secundum Leges Imperii hoc fiat, Pacem potissimum Religiosam atque Westphalicam. Competit igitur iisdem jus Senatum ecclesiasticum constituendi, jus Consistorium & Judicia ecclesiastica ordinandi, constituendi Ministros Sacrorum, atque inter hos Superintendentem, qui Ministris ecclesiæ præsit, vel eos removendi; gaudent Principes Evangelici omni jure Episcopali, utuntur alternativa mensium & quod Elector Brandenburgicus exercet, primariarum Precum.

§. XXIV.

Eminentissimum Statuum Imperii A. C. regale consistere statuit D. Schwederus *J. P. Part. spec sect.* 2. *c.* 12. §. 3. *seqq.* 1) In jure patronatus regio, vi cujus Ecclesia & Religio tanquam res inermis in Republica defenditur, omnis cum externæ tum internæ violentiæ ac impe-

dimentorum vel ipsi cultui, vel rebus ac personis ad eundem spectantibus intentatorum propulsatione per arma etiam ac bella; 2) In libero religionis exercitio in ditione sua vel sibi etiam oppignorata non solum introducendo, sed & introducto reformando ac mutando secundum limites præscriptos. 3) In Jure Senatum & Consistorium ecclesiasticum constituendi, in quibus causæ spirituales ecclesiasticæ & mixtæ expediuntur & deciduntur. 4) In cura vocationis Ministrorum ecclesiæ, ut rite à patronis ecclesiæ nominentur, præsententur, à Consistorio examinentur, ordinentur, confirmentur ut & removeantur, ut ordinati legitime & confirmati munia in pura verbi divini prædicatione, sacramentis administrandis secundum institutionem Domini, in ligando & absolvendo, in consolando & increpando vel simpliciter vel cum excommunicatione, sed hoc posterius cum cognitione & decreto Domini Territorii ac tandem in heterodoxis modeste refutandis, fideliter expediant; ad quæ etiam referuntur cultus divini inspectio per visitationem, rituum, ceremoniarum, aliarumque piarum causarum εὐσχημοσύνη ecclesiasticæ conveniens ordinatio & extraordinaria juxta temporum atque eventuum diversitates moderatio, jubilæorum, festorum, jejuniorum constitutio; synodorum ac conciliorum convocatio & indictio; 5) In cura Scholarum cum superiorum tum inferiorum fundandarum & sustentandarum; Ac 6) In institutione necessarii rerum sacro cultui & ecclesiæ ejusque Ministrorum sustentationi deservientium apparatus, ac per prudentem dispensationem conservatione. Aliorum præstantissimorum virorum in hac materia tradita concinne refert Bœhmerus *in Dissert. de Jur. Episc. Princ. Evangel.* itaque multis ulterius recensendis supersedeo; conf. Schilt. *Instit. J. P. lib.* 1. *tit.* 24. §. 4. & 5. Unicam solum è jure canonico desumtam definitionem, quam exhibet Schwarzenav. *in Syst. Theol. Loc.* 14. *thes.* 7. quo discrimen principiorum Evangelicos inter & Catholicos omne omnino pateat, adferre licebit. Definit autem ille jus Episcopale ex Jure canonico, quod sit potestas Episcopo legitime & canonice electo, postulato, confirmato, investito, consecrato atque ordinato, competens, consistens in ordinis potestate, Lege diœcesana, jurisdictione & statu vel dignitate, quibus absolvitur jus Episcopale; & quidem ad ordinem refertur potestas publice docendi & prædicandi verbum Dei, administrandi Sacramenta, solvendi

vendi & ligandi, ordinandi, investiendi, sacra & religiosa loca propria autoritate erigendi, utque alii ædificent, indulgendi, erecta & ædificata consecrandi, constitutiones ad τάξιν ἢ εὐσχημοσύνην spectantes promulgandi &c.; ad Legem diœcesanam, obedientiam, subjectionem, reverentiam Episcopo ab omnibus de diœcesi præstandam, administrationem, dispensationem & gubernationem rerum & bonorum ecclesiæ tum mobilium, tum immobilium, injuste alienatorum vindicationem, œconomorum & provisorum super res illas & bona constitutionem, ab iisdem rationum repetitionem, religiosarum domuum & quoad administrationem & quoad disciplinam, inspectionem ac provisionem; decimarum perceptionem & distributionem, visitationem, sumtuumque ad hanc collationem, collectationem &c; ad jurisdictionem, Episcopalem audientiam (vigore cujus Episcopus in tota sua diœcesi causas Clericorum omnes & Laicorum spirituales audiat, & per sententiam decidat) pœnarum tam canonicarum quam secularium dictamen, Clericorum suspensionem, remotionem ac depositionem ab officio, nec non restitutionem, absolutionem à juramento illicite extorto, dispensationem de gradibus in matrimonio non divino, sed duntaxat humano jure prohibitis &c; ad statum aut dignitatem, titulos, privilegia, immunitates & securitates Episcopales, prærogativam gradus, qua Episcopis præferuntur Archi-Episcopi seu Metropolitani, hisce Patriarchæ seu Primates &c. præcedentiam, qua Clerici Laicis Statibus antecellunt, vid. insuper P. Engel. *in Coll. J. C. lib.* 1. *tit.* 33. §. 5. Corvin. *J. C. lib.* 1. *tit.* 14. & 17. ibique Bœhm. *in Not. tit.* 7. & 18. Lancellot. *Inst.* J. C. *lib.* 1. *tit.* 9. §. 9.

§. XXV.

Quemadmodum ergo ex his propositis sat superque de objecto jurisdictionis ecclesiasticæ constabit; ita paucis formam ejus, quæ consistit in exercitio Juris ecclesiastici, indagare restat. Continet autem in se nihil aliud, quam ipsam recti cultus divini conservationem & collapsi restitutionem actualem. Et prout, affirmante Lampadio *part.* 1. §. 44. & approbante Bœclero *Inst. Polit. lib.* 2. *cap.* 5. §. 1. inanis erit omnium Legum tenor, nisi de genere facti positæ singularibus applicentur, & quod cuique potentia competit, id actu seu effectu

fectu tribuatur; ita etiam inane erit Principum Imperii, quod tribuitur, Jurisdictionis ecclesiasticæ nomen, nisi & ipso actu exerceatur. Actus enim omnis, ut in Schola Metaphysicorum docetur, qui materiæ immergitur, vel est actus essentiæ, in materia communi, vel actus existentiæ, in individuis, atque talem sicut in omni re, ita in superioritate sacra inducit actum, qui esse rei constituit. Hinc eo magis de exercitio Jurisdictionis ecclesiasticæ sollicitum esse oportet, quam fervidiori olim studio de eo fuit disputatum & adhuc certatur. Primum enim summus Pontifex sibi omnem omnino ecclesiasticam arrogavit Jurisdictionem in universum Imperium Romanum & ita quidem, ut, licet contranitentibus Imperatoribus, Principibusve, attamen ab ætate Henrici V. usque ad nostra hæc tempora obtinuerit, atque omnes Imperatores & Principes Catholici seculares æque ac ecclesiastici lubentes potestatem Pontificis Romani ecclesiasticam summam agnoscentes defendant. Id quod non solum Capitulationes Cæsareæ omnes testantur, sed etiam historiarum Acta eloquuntur; atque notabilia Electoris Moguntini in literis humillimis ad Imper. Majestatem die 17. Dec. 1719. datis verba confirmant sequentia: Die in mehrgedachtem Scripto pro Memoria befindliche Anfechtung meines Juris diœcesani in denen quæstionirten Orten betreffend, da ist mir gar wohl erinnerlich, was der *Art. 5. §. 48. P. W. de suspensione juris diœcesani in terris Protestantium* disponire; es ist aber in diesem auch zu ersehen, daß Niemand was contra conscientiam zugemuthet werden, und jedem seine Religion völlig in salvo verbleiben solle. Wenn nun die Leges fundamentales Fidei Catholicæ religionis die Bestellung derer Pfarren und Ertheilung der Jurisdiction zu Administrirung der Heil. Sacramenten und dergleichen keinem andern als der Potestät und dem dazu verordneten Ordinario oder Diœcesano zulegen; so ist eine unverneinliche Folge, aus dem Instrumento Pacis Westph. selbst, daß mir als in denen quæstionirten Orten Ordinario & Diœcesano, wie die Cron Franckreich in obangeführten Extracten selbsten bemercken lassen, und mich also davor erkennet, das Exercitium Juris diœcesani oder geistlichen Jurisdiction secundum conscientiam & principia ac Leges fundamentales fidei catholicæ keineswegs zu versagen sey, wie denn auch in und ausser dem Reich in denen Augspurgischen Confess. Verwandten Landen denen Catholischen Pfarrern und Unterthanen respective in ihren Bestallungs-Gewissens-

auch

auch Glaubens-Fällen der Recurs an deren Ordinarios & Diœcesanos (extra casus perturbationis & violentiæ) gestattet, ja bey allen Völckern in- und ausser Europa bey denen Türcken und Heyden der Recurs an ihre geistliche Obrigkeit nicht versaget, sondern frey gelassen wird. His quoque respondent, quæ Deputati Catholici ad Conventum Francofurtensem 1656. in causa Civitatis Kaufbairæ de Jesuitis recipiendis ad Evangelicorum exceptiones ratione 13. replicando Evangelicis opponunt: Jus diœcesanum & Jurisdictionem Ordinarii ecclesiasticam contra Augustanæ saltem Confessionis consortes suspendi, pro Catholicis vero expresse reservari. Quare sicut illi Ordinarii ante divisionem religionum sua in diœcesi omnia Jura ecclesiastica absolute exercuerint, inter quæ potestas admittendi religiosos ordines semper enumerata sit, qua plurimis locis ipsos etiam 1624. usos constet; *ita nihil obesse, quominus hoc jure pro statu rei porro utantur, aliis etiam in locis suarum diœcesium pro Catholicæ religionis bono, hominumque solatio*, etiamsi forte, anno 1624. exercendi juris occasionem non habuerint. Vid. Auth. *Medit. ad Instr. P. W. ad Art.* 5. §. 29. *pag.* 485.

§. XXVI.

Finitis autem his litigiis inter ipsos Catholicos, nunc certandum est Evangelicis pro libertatis suæ conservatione contra Catholicos Dominos territoriales. Excusso enim jugo pontificio, sublatave, neque modo negative, sed destructive & translative, hoc est pleno cum effectu, ut Catholici plane nullum jus habeant, ut D. Schwed. *in Disp. de Advocatia ab Imp. Protest. Eccles. non minus, ac Rom. Cathol. æquali jure præst. part.* 2. §. 6, recte docet, ecclesiastica Ordinariorum jurisdictione cum omnibus suis speciebus contra Aug. Confess. Electores, Principes & Status, eorumque subditos, tam inter Evangelicos quam Catholicos &c. Principes Catholici seculares & ecclesiastici ex capite superioritatis territorialis non solum simultaneum in terris suis introducere, sed & jurisdictionem ecclesiasticam in subditos suos Aug. Confessioni addictos exercere tentarunt & conantur. Statutis licet de rebus controversis politicis & ecclesiasticis præcipue *Instr. P. W. Anno* 1648. executionive mandatis cunctis per Edictum Executionis imperiale 1648. arctiorem modum exequendi, & copias literarum impe-

rialium ad Principes Circulorum datarum 1649. Recessum Executionis præliminarem 1649. atque exequendæ pacis generalem Norimbergensem 1650. confirmatisque his omnibus & repetitis *in Rec. Imp. Nov.* §. 6. & 191. *seqq.* omnis tamen nondum controversiæ ansa penitus fuit sublata. Accidit quippe inter alia illud, quod dubii scil. quid hinc aut aliunde incidere posse, *art.* 5. §. *utriusque religionis* 50. *Instrum. P. W.* fuit suspicatus & *Rec. Imp. Nov. princ.* & §. 7. indigitavit. Cum enim causæ actualem & plenarium pacis usum & fructum impedientes & in Comitiis antecedentibus 1653. & 54. & in modernis prorogatis Comitiis 1663. juxta tenorem propositionis Cæsareæ à Schwedero *J. P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 19. §. 2. exhibitæ, summovendæ essent, accessit primum illud Episcopi Hildesiensis 1649. ita formatum postulatum, ut templum quoddam desolatum in urbe Hildesiensi Capucinis relinqueretur; contradicente vero Senatu, controversia agitata demum 1653. die 19. (29.) Jul. Directoriis quæstionem propositæ designationi generali materiarum restitutionis inserendi præbuit occasionem: Ob einem Lands-Fürsten oder Lands-Herrn verwehrt seyn solle, in einer ihm gehörigen Municipal- oder Lands-Stadt vor sich selbsten, sein Hof-Gesinde, oder auch der Enden befindliche Catholische oder auch der Augspurg. Confession zugethane Unterthanen, so viel deren de facto vorhanden, oder noch künfftig dazu kommen möchten, diejenige Kirchen, Clöster und GOttes-Häuser, so öde stehen und verlassen sind, gleichwohl aber dem Bürgerl. Magistrat nicht, sondern dem Lands-Herrn oder einer Christl. Obrigkeit, welche dieselbe in Spiritualibus vor seine Seelsorger erkennen, zugehörig seyn, zu seinem Gottes-Dienst zu gebrauchen, denselben darinnen auffzurichten und einzuführen, oder auch hiezu neue Kirchen zu erbauen, wenn er schon im übrigen solcher Municipal-Stadt an ihrem freyen Exercitio der andern Religion, wie sie solche Anno 1624. inne gehabt, gebraucht, und geübt haben, keinen Eintrag thut, noch auch zu thun begehre? Hæc quæstio etiam die 29. Jul. (28. Aug.) eodem anno iterum proponebatur; verum & à Judicio Camerali & Statibus utriusque religionis rejecta legitur, in dem auf verschiedener Evangel. Gesandten Gutbefinden zum Druck gegebenen Scripto betitult: Ungrund des so genannten Simultanei 1720. Regensburg. Secundum erat dubium, cujus meminit Schuzius *in Man. Pacif. quæst.* 17. An in civitatibus mixtis Imperio immediate subjectis (ubi v. g. tota communitas,

nitas, comprehenso Magistratu, in duas diversas abit religiones, & quælibet pars Anno 1624. in publici religionis suæ exercitii possessione vel quasi hucusque fuit) utrique liberum sit, ea, quæ ad augmentum, ornamentum, conservationem, solatium & necessitatem religionis suæ exercitii inservire poterunt, sive illa consistant in erectione novarum fundationum, sacrarum ædium, scholarum, monasteriorum introductione vel mutatione personarum ecclesiasticarum: non obstante, quod ejusmodi dicto Anno 1624. d. 1. Jan. non fuerint, propriis sumptibus sine diminutione boni publici deinceps introducere & instituere? Quod indecisum testatur Schuzius.

§. XXVII.

Posthæc autem cum Dux Mecklenburgicus Christianus 1664. ad Romano-Catholicam transiret religionem, ejus agnatus Dux Gustavus Adolphus Corpori Evangelicorum proposuit quæstionem: An Dux Christianus Jus Episcopale, quod hactenus per pacta fuerat commune, adhuc ulterius in regiminis communione exercere posset? Vel an non potius propter religionis mutationem administratio Juris Episcopalis in re communi Duci Gustavo Adolpho soli sit relinquenda? Res die 21. Febr. 1665. in Conferentia Evangelicorum proposita ita acta fuit, ut indecisa maneret, testante Schiltero, *ad quem omnes, qui hujus rei mentionem faciunt, provocant, de Pace Relig. pag.* 420. Succedente in Palatinatu Electorali 1685. linea Neoburgica Catholica atque hinc inde introducta religione Catholica contra statum anni normalis 1624. & 1618. magis quoque invaluit controversia. Bellicis equidem turbis de facto agebatur, sed tempore pacis Ryswicensis 1696. à Ministro quodam ad negotia pacis delegato iterum adferebatur quæstio: Num Princeps Catholicus, qui Evangelico immediate & sine controversia succedit, etiam vigore Instrumenti Pacis Jurisdictionem ecclesiasticam ac Jura Episcopalia, sicut antecessor exercuit, & possedit, perinde in subditos Augustanos exercere posset? Vel num illa per pacem religiosam statuta & in Instr. P. W. confirmata Jurisdictionis ecclesiasticæ suspensio Episcoporum Cathol. in Evangelicos, etiam ad Principes Cathol. seculares possit extendi & applicari? atque de jure ad prius negando, ad posterius vero affirmando respondebatur.

debatur. Hæc exhibebantur in Conventu Rysw. alia vero & eodem anno in Camera imperiali ab Episcopo Hildesiensi sub Titulo: Vindiciæ des höchst-verletzten Landes-Fürstl. Respects und Gehorsams, sive Vindiciæ Hildesienses, quarum Autor Cancellarius & ad visitationem Cameræ deputatus Con-Commissarius de Zimmermann fuit; in quibus materia de Jurisdictione ecclesiastica Principis Catholici in Clericos Evangelicos pag. 28. & 65. in favorem Catholicorum explicatur. Quibus autem Hildesienses, Autore D. Thomasio, Anti-Vindicias Statuum Episcopatus Hildesiensis Evangelicorum Anno 1703. opposuerunt. Eodem fere tempore, ubi vindiciæ instituebantur, Christianus Rittmeyer in Vindiciis suis juris reformandi 1704. Confluentiæ editis *cap.* 5. quæstionem ita formatam resuscitabat: An Catholici tam ecclesiastici quam seculares Imperii Status Jurisdictionem ecclesiasticam in subditos suos evangelicos exercere possent? Refutandoque supra laudatum Autorem Anonymum affirmativam sententiam asserere fuit sollicitus. Cui vero Cancellarius Giessensis Hertius *in Tract. de Jure reformandi sive Examine Vindiciarum Rittmeyerianarum, Addit. & Observat. ad Autor. quæst.* 3. *pag.* 174. strenue obviam ivit; qui Tractatus 1710. impressus, recusus autem 1726. Ratisbonæ in fol. vid. Struv. *Synt.* J. *P. cap.* 26. §. 32.

§. XXVIII.

Invalescentibus inter hæc motibus bellicis, introducto Simultaneo ac auctis sub prætextu superioritatis territorialis, & exinde prætensæ Jurisdictionis ecclesiasticæ, post Pacem Badensem religionis gravaminibus, ita, ut vix tribus jam contineantur voluminibus; Illustrissimum Evangelicorum Corpus in Conferentia die 22. Dec. 1719. non solum simultaneum injuste & contra Pac. West. introduci ac rejiciendum esse, sed etiam insuper sequentia statuit: Und demnach auch die Nothdurfft erfordert, dem schädlichen und dem Westphäl. Friedens-Schluß zu wieder seyenden Principio wegen des so genannten Simultanei (welchem auch Evangel. Scribenten auf gewisse Maaße beyzupflichten sich nicht entsehen, und woran das Corpus Evangel. gar keinen Gefallen hat) ernstlichen und nachdrücklichen Einhalt zu thun, und zu dem Ende aus verschieden theils gedruckt, theils ungedruckten Schrifften die

vornehmsten aus denen Reichs-Satzungen genommene und andere Argumenta gezogen, und solcher Extract sub Titulo: Ungrund des Simultanei zu mehrerer Erläuterung der anderweiten Vorstellung an des Kayserl. Herrn Principal Commissarii Durchl. und Eminentz beygeleget worden, so hat man gut gefunden bey Einsendung desselben an allerseits höchst und hohe Herren Principalen auch Obere und Comittenten diejenige, welche hohe Schulen und Universitäten in ihren Landen und Gebieten haben, nomine Corporis gebührend zu ersuchen, daß im Fall bey denselben sich kein Bedencken finden, sondern selbiger Auffsatz genädigst approbirt werden solte, dieselbe geruhen möchten, vorgemeldte Schrifft sub Rubrica: Ungrund des Simultanei, auf solche ihre hohe Schulen und Academien zu senden, und denenselben nachdrücklich aufzugeben, daß sie nach solcher aus denen Reichs-Satzungen genommener Regul ihre Lehren und Principia einrichten &c. Imperator quidem Augustissimus vi Decreti Commissorialis Mense 12. April. 1720. puncto gravaminum religionis hanc sententiam Evangelicorum rejiciendam censuit, & vigore Rescripti ad Commissionem Principalem Ratisbonensem Cæsaream de dato 14. Febr. 1721. iterum irritam & nullam pronunciandam decrevit; Ast Illustr. Evangel. Corpus per Conclusum d. 14. Apr. 1720. Commissioni Cæsareæ traditum non solum verbis: 4) Den disseits aus dem Instrumento P. W. erwiesenen Ungrund und Unzulässigkeit des Simultanei als eine eigensinnige Auslegung, Deuteley oder Verdrehung der Reichs-Friedens Schlüsse dergestalt aufgenommen werden wollen, daß auch diejenige Evangel. Universitäten, welche nach solchen Principiis evangelicis lehren würden, mit Bestraffung und Cassirung ihrer Privilegiorum bedrohet worden &c. his contradixit, sed etiam sibi quævis competentia ac Principibus Evangel. summa jura protestando reservavit & conservavit, atque in literis humill. ad Imperatorem die 16. Nov. 1720. Simultaneum esse injustum iterum demonstravit, pariter ac in literis humill. Intercessionalibus in causa Comitis Dhaun contra Principem Salmensem die 29. Dec. 1725. ad Imperatorem datis, exhibitisve in Fabri Staats-Cantzeley *Tom.* 50. *n.* 7. hæcce provocando ad priora repetiit. Quia vero his petitis controversiæ terminari haud potuerunt, sed potius scriptis & factis Catholici sibi Jurisdictionem ecclesiasticam in subditos suos evangelicos arrogarunt, ut videre licet è Statuum Cathol. Gravantium relationibus Paritoriis ad Cæsar. Majestatem;

præcipue *Mandato Episcopi Monasteriensis de dato 29. Sept. 1718. in causa Pastoris Schluyter contra Muller, verbis:* daß Ihm als Lands-Herrn im Instrumento Pacis und andern Reichs-Satzungen die geistliche Jurisdiction und das Jus reformandi ad interim zustünde ꝛc. Dominorum Catholicorum responso die 30. Maj. 1721. jus diœcesanum concernente: voto illustr. Legati Suecici, Dn. de Staaden, in hac causa edito; *vid.* D. Muller. *Elect. Jurid. Hist. Tom. 2. cap. 3. §. 37.* atque è Corpore Gravaminum religionis, præprimis No. XCIII. in causa Werth contra Episcopum Monasteriensem, divers. grav. & prætensæ Jurisdictionis ecclesiasticæ in subditos evangelicos, collat. Litter. Intercess. ad Imper. à Corpore Evangel. illustr. die 27. Jan. 1725. datis, contentisve in Fabri Staats-Cantzeley *Tom. 49. cap. 5. n. 3. & cap. 1.* aliisque Catholicorum Scriptis; Corpus illustr. Evangel. rem denuo urgere necessarium duxit.

§. XXIX.

Hinc, vacante Directorio inter Evangelicos Electorali Saxonico, Regiæ Majestati Borussiacæ Legatus Electoralis Brandenburgicus Comes de Metternich in Conferentia Evangel. die 10. Nov. 1725. propositionem eo dirigebat: An non Thesis illa defendi posset; Quod nulla competat Jurisdictio Ecclesiastica Dominis Catholicis Territorialibus in subditos suos Evangelicos? Propositio ipsa ita se habebat: Es wäre allerseits bekandt, und hätten Ihro Königl. Majest. wahr genommen, daß die Cathol. Lands-Herren sich in Scriptis publicis die Jurisdictionem ecclesiasticam über ihre Evangel. Unterthanen zuschrieben. Wie nun Ihro Königl. Majest. solches von sehr schädlicher Folge zu seyn hielten; also hätten sie ihm (Legato) befohlen mit denen übrigen Evangel. Herren Gesandten zu communiciren, was man dieserhalb Communi Nomine gegen die Herren Cathol. zu erklären habe, und deßhalb einen Auffsatz zu verfassen; Solches habe er gethan und wolte denselben verlesen; Nicht der Meynung, daß man bereits etwas gewisses deshalb beschliessen wolle, sondern nur zu vernehmen, ob man sich eines gewissen unvorgreifflichen Vorschlags darüber vereinigen könne, und solchen hernach an die gnädigste Herren zu schicken und deren Befehl zu erwarten. Præsentes erant in Conferentia: Chur-Brandenburg cum votis Magdeburg. Halberstad. Minden. Hinter-Pommern, & Camin; Chur-Braunschweig

schweig cum votis cæteris; Sachsen-Gotha cum votis cæteris; Brandenburg-Culmbach cum votis Onolzbacens; Nassovio - Dillenburg, Siegen & Dietz-Braunschweig-Wolffenbüttel cum votis Durlacens. & Ostfriesland. Wetterauische und Fränckische Graffen; Reichs-Städte; Regenspurg, Lübeck, Friedberg, Windsheim, Ulm. Sachsen-Weymar allegabat mandatum de non comparendo; Schweden-Vor-Pommern non dubitabat comparere in Conferentia; sed professus; Hessen-Cassel itemque professus, Holstein-Glückstadt impeditus excusabat absentiam cum eventuali tamen, quæ majori parti placuissent, approbatione; Hollstein-Gottorff und Bischöffl. Lübeck impeditus comparere non poterat. Prælecto ergo Concluso, editoque voto Electorali Brandenburgico, quod habetur in Fabri Staats-Canteley *Tom.* 48. *cap.* 9. *n.* 1. atque cæteris collectis, summa votorum eo tendebat, ut nonnulli defectum instructionis allegarent, major vero pars statim approbaret conceptum conclusum; unicus Legatus Suecicus contrariam in voto suo ad ædes communicato, quod insertum legitur in Muller. *Elect. Jurid. Histor. Tom.* 2. *cap.* 3. §. 39. defendendam susceperat sententiam, quam tamen interjecto deinde tempore ita limitavit, ne obesset majoribus, atque Electoralis Saxonicus dubitavit, fore ut Regia sua Majestas Polon. nomine Electoratus Saxon. accessura sit ad majora. Ipsum autem conceptum Conclusum & contentum in cit. Muller. *Elect. Jurid. Histor. Tom.* 2. *cap.* 3. §. 38. firmissima exhibet è Pac. Rel. & Instr. P. W. desumpta argumenta, quibus proposita & negative concepta Thesis: Quod nulla competat Jurisdictio ecclesiastica Catholicis Dominis Territorialibus in subditos suos evangelicos, stabilitur. Cui etiam accedunt scripta anonyma & sub nominibus fictitiis eodem tempore Ratisbonæ divulgata: Gesetzmäßige Beantwortung der Frage: Ob ein Catholischer Landes-Herr in Teutschland die Jurisdictionem ecclesiasticam über die in seinen Landen befindliche der Augspurgischen Confession Verwandte Unterthanen zu exerciren befugt sey? Anno 1726. Item, Kurtze Beleuchtung der aufgeworffenen Frage: Ob die im Instrumento Pacis W. art. 5. §. *Jus diœcesanum*, 48. conditionirte Subjection Evangelischer Unterthanen unter Cathol. Landes-Herrn anmaßl. und vorgebl. Kirchen-Gewalt von solcher Wichtigkeit sey, daß die General-Regul oder Thesis nicht Platz greiffen solte: quod nulla Dominis Territorialibus Catholicis in subditos suos

Evan-

Evangelicos competat Jurisdictio ecclesiastica. 1726. quæ exhibentur à Muller. *in Elect. Jurid. Hist. Tom.* 2. *cap.* 3 §. 40. *n.* 1. 2. & à Fabro in der Staats-Cantzeley *Tom.* 48. *cap.* 10. *n.* 2. His vero opponebatur: Die auf das allerbest gegründete Jurisdictio ecclesiastica derer Catholischen Lands-Herren über ihre *Protestir*ende Unterthanen, erwiesen von Sincero, Anno 1726. & continetur in Fabri Staats-Cantzeley *Tom.* 49. *cap.* 13. Idem Autor edidit quoque cum promisso, de spicilegio in hac causa edendo: Gesetzmäßige Widerlegung der gesetzmäßigen Beantwortung der Frage: Ob ein Catholischer Lands-Herr in Teutschland die Jurisdictionem ecclesiasticam über die in seinem Lande befindliche der Augspurgischen Confess. Verwandte Unterthanen zu exerciren befugt sey, unternommen und erwiesen von Sincero 1726. Quæ iterum excepit refutando: Unpartheyische Gegeneinanderhaltung der auf das allerbestgegründeten Jurisdictionis ecclesiasticæ Catholischer Lands-Herren über ihre Protestantische Unterthanen; und Gesetzmäßigen Widerlegung, unternommen und erwiesen von Sincero, mit der Gesetzmäßigen Beantwortung der Frage: Ob ein Catholischer Lands-Herr in Teutschland die Jurisdictionem ecclesiasticam über die in seinem Lande der Augspurgischen Confess. Verwandte Unterthanen zu exerciren befugt sey? abgefast von Philaleto 1726. Prostare etiam de Valla Monte beyfällige Gedancken über die kurtze Beleuchtung der aufgeworffenen Frage rc. refert Fama Lipsiensis; Nec non legi possunt, quæ D. Mullerus. *in Jurid. Histor. Elect. Tom.* 2. *cap.* 3. habet, & pro Dominis Territorialibus Catholicis §. 26. 32. & 34. adfert. Hoc ipso Anno 1728. prodiit Lipsiæ: Collection einiger Schrifften von der Geistl. Gerichtbarkeit der Cathol. Lands-Herren in Teutschland über die in ihren Landen befindliche Evangelische Unterthanen, worinnen die vornehmste in dieser wichtigen Materie seithero zum Vorschein gekommene Schrifften beysammen zu finden, vornemlich aber eine aus denen Handlungen des Westphälischen Friedens-Instruments gefertigte neue Deduction angefügt ist, darinn der wahre Verstand des §. hoc tamen non obstante. des Instr. Pacis aus denen Actis Pacis Westphalicæ klar vor Augen geleget, und mit unverwerfflichen Documentis, welche bißher ausser etlichen wenigen, noch nie edirt worden, bestättigt, zugleich auch die Befugnüsse derer Unterthanen, wegen der Gewissens-Freyheit und Autonomie, an den Tag gestellet werden. Leipzig zu finden bey Nicolaus Förster und Sohn, Hof-

Buch-

Buchhändler in Hannover, 1728. Cujus Autor dicitur D. Mejerus, Consiliarius aulicus R. S. Maj. Britanniæ.

§. XXX.

Controversiæ itaque hujus materiam ulterius indaganti incumbit, ut consideret, an prædicatum competat suo subjecto, id est, an definitio supra data Jurisdictionis ecclesiasticæ ejusque exercitium, de quo quæstio est, Principibus Imperii Catholicis in subditos suos Evangelicos, & vicissim Principibus Evangelicis in subditos Catholicos competat? Qui simpliciter quæstionem affirmant, sane ipsi, ad quid respondeant, nesciunt; principia enim cujusvis partis neque expendunt, neque manifestam illam, quæ intercedit, contrarietatem pensitant, neque quid Leges statuunt, rectum existimant; quæ vero omnia recta mentis lance ponderanda veniunt. Jurisdictionis enim ecclesiasticæ formam (1) in recti cultus divini conservatione & collapsi corruptive restauratione consistere certum est, ac quælibet contendentium pars rectum se habere divini Numinis cultum putat atque defendit; hinc quilibet quoque religionis suæ principiis agitatus ad eum conservandum & restaurandum fertur cultum divinum, quem ipse rectum & verum arbitratur. Et hoc erat primum fundamentum, super quo non modo Transactio Passaviensis & deinde subsecuta Pax religiosa fuit structa, verum etiam Instrumentum P. W. firmatum, confirmatumve. Etenim jam eo deventum erat, ut nulla securitas, nulla quies, nulla pax in Imperio Romano subsistere amplius posset, nisi dissidium religionis aut plane sublatum esset, aut cuilibet parti sua religio & cultus divinus salvus ejusque exercitium liberum maneret. Ad utrumque obtinendum Pacem religiosam fuisse sancitam docent §. 7. 9. 13. 15. 16. *&* 25. De amicabili religionis compositione, cum ea iisdem in Comitiis Augustanis 1555. suscipi non posset, cogitabatur in subsequentibus Comitiis 1557. & quidem, omissis viis Concilii nationalis, Concilii generalis, & Comitiorum imperialium, de modo Colloquii Wormatii instituendi: verum enim vero & intentata religionis amicabilis compositio hoc ipso instituto Colloquio, *teste Rec. Imp. de Anno* 1559. §. 3. 4. 5. caruit effectu, atque etiam Concilium postmodum indictum Tridentinum fuit frustraneum. Manente ergo religio-

nis dissidio ad hunc usque diem, quem Casum & ipsa Lex statim figurabat, omnium Paciscentium cura in eo erat occupata maxime, ut data conscientiæ libertate, cuilibet sua religio vel cultus divinus salvus, ejusque exercitium una cum annexis liberum conservaretur. Cumque (2) hoc esset palmarium, in quo omnis securitas & Reipublicæ tranquillitas ponebatur, eo etiam cunctorum Principum & Statuum jura metiebantur, ita, ut quæcunque jura, privilegia, libertates &c. è jure Majestatico analogico sive superioritate territoriali vel aliunde descendentia, libertatem conscientiæ autem & cultum divinum cujusvis partis vel publicum vel privatum impedientia, essent ipso jure nulla, irrita atque cassata; quod est secundum argumentum, & probatur *Rec. Imp. de Anno* 1555. §. 28. *collat.* §. *anteced. Instr. P. W. art.* 5. §. 1. 2. 16. 26. 34. *seqq. item art.* 17. §. 3. *collat. Project.* derer vortreffl. Chur-brandenburgischen und Churbraunschweigischen Gesandschafften, wie der Churfürstl. Landes-Herrn Prætension des Juris Sacrorum über ihre Evangelische Unterthanen zu begegnen? apud Muller. *Elect. Jurid. Hist. Tom.* 2. *cap.* 3. §. 38. *&* Ungrund des *Simultanei* §. 8. 14. 16. 18. *seqq.*

§. XXXI.

Quibus in universum constitutis accedebat (3) Jurisdictionis ecclesiasticæ ad firmandam inter Imperantes & subditos securitatem & perpetuandam in Imperio pacem solemnis illa & generalis cum omnibus suis speciebus suspensio atque destructio contra August. Confessionis religionem, fidem, consiliorum, ministeriorum tam scholasticorum quam ecclesiasticorum, rituum ecclesiasticorum, ordinationum atque ceremoniarum jam sancitarum vel erigendarum institutionem &c. prout habetur verbis expressis *Pac. Relig.* §. 20. *Instr. P. W. art.* 5. §. 48. *collat.* §. 31. & quidem ita, ut nulla distinctio inter Principes seculares & ecclesiasticos admitteretur, sed ad unum omnes Paciscentes Imperator, Electores & Principes Imperii seculares & ecclesiastici per honores & dignitates principales sincere & in verbo veritatis etiam atque etiam bona fide hæc omnia servanda, nulla excepta reservatione, promiserint, sub pœna fractæ pacis. *Instr. P. W. art.* 17. §. 7. *&* 8. Quæ suspensio atque destructio Jurisdictionis ecclesiasticæ non solum (4) naturæ rei convenit, sed etiam absolute

solutæ necessitatis esse depreh[illegible] Qui enim Princeps alterius religionis sacra, quæ tanquam [illegible] rejicit, contra conscientiam suum conservare & restaurare poterit? Majus sane hoc ipso committeret peccatum, quam ille, qui falso quidem Deum coleret, crederet tamen, se recte coluisse Deum: Ecquis sibi concipere poterit illum conservatorem atque restauratorem, qui seni osorem, manifesto tamen jactitat mandato æque ac facto reformatorem? Deinde Leges fundamentales cujusvis religionis cuique parti curam sacrorum suorum, templorum, scholarumque demandant, *Instr. P. W. art.* 5. §. 7. & in praxi universali, extra casus perturbationis & violentiæ, sic observatur, per supra adductum testimonium Electoris Moguntini. Cui respondet traditum Gerhardi *Tom. 6. LL. Theol. sect.* 4. §. 86. Jus plenum, inquientis, in constitutione Ministrorum agendi pro lubitu & obtrudendi Evangelicis concionatores, quos velit, nequidem illi Magistratui conceditur, qui confessione sinceræ doctrinæ addictus est, multo minus igitur Magistratui alienam religionem profitenti, hoc erit integrum. Magistratus Pontificius ne suis quidem Ecclesiis sacrificulos præficiendi jus habet, ergo multo minus potestatem habet Evangelicis Ecclesiis ministros obtrudendi. Ea demum vocatio est legitima, in qua illi præficiuntur, qui possunt ἐλέγχειν τοὺς ἀντιλέγοντας, sed pontificius Magistratus tales Ministros Ecclesiæ nunquam præficiet. Legitima vocatio ad hunc scopum debet collimare, ut sermo Dei currat, sed pontificio Magistratui hic scopus non est propositus. Et Chemnitius *Tom.* 3. *cap.* 4. Constitutio ministerii non est subjicienda politicæ potestati. Apostoli, ubi Magistratus ethnicus vel impius erat, non requisiverunt in vocatione presbyterorum Magistratus suffragia vel autoritatem. Hunc in modum etiam disputavit laudatus Vedelius *de Episc. Constant. Magni princ. pag.* 6. verbis: observetur autem in antecessum, quæcunque à nobis & aliis Theologis Reformatis hic dicuntur, accipienda esse de Magistratu summo & orthodoxo, qui adeoque ipse membrum ecclesiæ sit; quo deficiente ecclesia sola sub Christo secundum verbum ejus prospicere debet conservationi veræ religionis & ordinis exterioris à Christo instituti, & in *respons. quæst.* 13. subjungit corollarii loco, quod Magistratus ut talis non sit in Ecclesia, sed ut orthodoxus & fidelis. Idque in *respons. quæst.* 1. ἀμφισβητούμενον inter se & Pontificios, contra quos

 dispu-

disputavit, ponit. Quibus accedu[illegible]otii *de Imper. Summ. potest. circa sacr. cap.* 10. §. 30. & hæc, inq[illegible]s, quidem de summis potestatibus veram religionem amplectentibus dicta sunt. Nam ad eos Reges quod attinet, qui salutari fidei non assentiuntur, nunquam illos pii cœtus pro electione Pastorum interpellabunt. Nam qui sperent defensionem ecclesiæ ab hostibus ecclesiæ? Et ut res felicissime succedat, tamen in decorum res ecclesiæ *κρίνεσθαι ἐπὶ τῶν ἀδίκων καὶ οὐχὶ ἐπὶ τῶν ἁγίων.* Quin ipsi Reges à fide alieni, si tale quid sibi arrogent, procul dubio gravius sibi judicium accersunt; atque §. 17 addentis: ante Constantini tempora nullos christianæ ecclesiæ Pastores ab Imperatoribus electos nemo mirabitur, cum Imperatores aut inimici essent ecclesiæ, aut certe eam haberent contemtui, longeque infra suas curas ponerent. Conf. Schwed. *J. P. part. spec. sect.* 1. *cap.* 5. §. 8. 9. & 10. Bœcler. *Inst. Pol. lib.* 2. *cap.* 1. §. 16. & 19.

§. XXXII.

Cæterum ipsi Principes Catholici conscientiis repugnare existimant, si actu aliquo positivo religionem evangelicam promoverent, prout non solum confessio publica Ferdinandi Imperatoris die 19. Jun. 1559. in Comitiis Principibus Aug. C. addictis exhibita edocet, verbis sequentibus: Und haben also die Stände der Augspurgischen Confession, wo sie, wie billig, alle sonderbare Affection hindansetzen wollen, selbst als die Verständigen leichtlich zu ermessen, da Ihro Majest. durch den Weg solcher Nachlassung Ihrer Maj. selbst eigene Religion, die dem heilig seligmachenden Worte GOttes zuwider, und dadurch alle Christliche Reformation und Einigkeit des Glaubens, auch alles Glück und Heyl verhindert würde, dargeben und verdammeten, wie gantz hochbeschwerlich und verletzlich es Ihrer Majest. und derselben NB. NB. Christlichem Gewissen fallen wolte. vid. Burckhard. *Autonom. part.* 1. *cap.* 4. *pag.* 41. Verum etiam decretum Electoris Palatini de dato 24. Apr. 1719. ubi prohibitio Catechismi Heidelbergensis sequentibus suffulcitur rationibus: Daß die in dem sogenannten reformirten unter Höchst-gedachter Ihrer Churfürstl. Durchl. höchsten Namen, und auf dem ersten Blat gedruckten Churfürstlichen Wappen, mit den ohnerlaubten Expressionen aus Churfürstlicher Verordnung, item mit Chur-Pfältzischer Freyheit

gantz

ganz vermessentlich und höchst straffbar öffentlich und dahier verkauffenden . . Catechismo enthaltene 80. Frage abgestellet werden solle ꝛc. Et Copia offener Erklär- und Verordnung, die auf sichere Maaß gestattende Wiederauflegung des reformirten Heydelbergischen Catechismi, de dato Schwetzingen den 16. Maj. 1720. verbis: Und weil solcher unter unserm Hohen Namen und auf dem ersten Blat gedruckten Wappen mit dem Beysatz aus Churfürstl. Verordnung und mit Chur-Pfältzischer Freyheit ohn unser Wissen und Willen aufgelegt worden &c. NB. gnädigst geschehen lassen, daß berührter reformirter Catechismus, jedoch ohne unser hohes Wappen und mit Auslassung so wohl der auf dem Titul-Blat vorgedruckten Worte: mit Churfürstl. Pfältzischer Freyheit ꝛc. hinwiederum aufgeleget ꝛc. werde confirmat. *Collat.* Kayserliches *Commissions-Decret. d. 11. Apr.* 1720. *in Causa religionis. Composit. Pac. Dillingens. cap. 5. qu. 27. n.* 38. 45. Brückner. *ad Schüz. Man. Pacif. de Jurisd. Eccl. pag.* 183. *& qu. 1. ac IV. Episcopi Erdydy Opusc. Theol. cap.* 1. Quibus quoque respondet Imperatoris Leopoldi privilegium Joh. Davidi Zunner. Bibliopolæ Francof. ad Mœnum die 13. Jun. 1690. his formalibus concessum: Wenn wir denn gnädiglich angesehen jetzt angedeutete ganz billige Bitte, und in Betracht, daß dergleichen unsere Kayserliche Privilegia keine Cognitionem oder Approbationem fidei, sondern allein manutenentiam commerciorum & commodi publici nach sich ziehen, atque exinde patet, Catholicos in causa religionis evangelicæ conservandæ nunquam jubendo sed solummodo permittendo agere, *Comp. Pac. Dilling. cap. 5. n.* 44. quippe quæ tolerantia & receptio variarum religionum in una regione non pro approbatione est habenda. Bœcler. *Inst. Polit. lib. 2. cap. 4. §. 4.* Anton Fabr. *de religione reg. in Republ. lib. 2. cap. 5. n. 219. seqq.* Quare Evangelici Status in subditos suos catholicæ religioni addictos nullam exercere cupiunt jurisdictionem ecclesiasticam, nec Episcopos audire subditorum catholicorum gestiunt. vid. des Evangelischen Corporis gethaner Vorschlag in der Calender- und Ferien-Sache; und denn dem Chur-Mayntzischen Reichs-Directorio eingereichte Antwort, 1724. die 17. Mart. in Fabr. Staats Cantzley, *Tom. 48. cap. 8. n. 1. in fin.* Hertius *de Jur. reform. dist. 1. part. 1. th. 17. p. 29. seqq.* ac *supra Electoris Moguntini confessio;* Sicut vicissim Legibus Imperii ignotum est illud: Principem Catholicum Episcopum esse Evangelicorum, vel uti

 juris-

jurisdictione ecclesiastica in August. confess. ceremonias, ordinationes &c. siquidem (5.) Evangelicis integrum relictum est, ordinationes ac ceremonias &c. erigere, *Pac. Rel.* §. 15. 16. 20. 26. *Instr. P. W.* *art.* 5. §. 48.

§. XXXIII.

Præfixo enim termino, annis scil. 1618. & 1624. regulativis bonorum restituendorum & retinendorum ecclesiasticorum firmatoque his ipsis religionis exercitio, quo dictis annis sive publice sive privatim usi fuissent subditi, summi paciscentes tandem etiam eo deveniebant, ut & illos, qui 1624. jurisdictionem eccles. Catholicorum agnovissent, in iis casibus modo dictæ jurisdictioni subesse juberent, qui Aug. Confessionem nullatenus concernerent, modo ipsis occasione processus nihil injungeretur Aug. Confessioni repugnans. Hinc (6.) per regulam, qua utebatur Electoralis Brandenburgicus in Conventu Francofurtensi die 4. Nov. 1656. Colloquio secundo: Regula affirmativa posita continet in se negativam & regula negative posita includit contrarium illius, quod per regulam negatur, apud Autor. *Medit. ad I. P. W. art.* 5. §. 29. tuto sic colligere licet: Si Evangelici Catholicorum subditi, qui 1624. Jurisdictionem ecclesiasticam agnoverunt, in iis casibus modo dictæ jurisdictioni subsunt, qui Aug. Confessionem nullatenus concernunt, & ratione processus ipsis nihil injungendum, Aug. Confessioni repugnans, sequitur, quod Catholicorum Aug. Confessioni addicti Status provinciales & subditi, qui 1624. Jurisdict. ecclesiasticam agnoverunt, in iis casibus, qui August. Confessionem concernunt, & ubi ipsis ratione processus aliquid injungitur August. Confessioni vel conscientiæ repugnans, modo dictæ Jurisdictioni ecclesiasticæ non subsint; atqui vera sunt priora: Ergo & posterius. Utrumque probatur per textus *Pac. Rel.* §. 20. *Instr. P. W. art.* 5. §. 31. *&* 48. & regulam supra cit. ulteriusve exemplis demonstratur. Episcopus namque Osnabrugensis & qua Dominus territorialis & qua Episcopus nihil omnino in August. Conf. Sacra arroget sibi juris aut obtineat, & vicissim. *Instr. P. W. art.* 13. §. 8. Deinde in civitatibus Imperii, ubi mixtæ religionis exercitium in usu est, quamvis ibi Magistratus Catholicus & Evangelicus non divisim sed conjunctim gaudeant jure superioritatis territorialis, catholicis tamen

tamen Episcopis contra cives August. Confessionis nulla est jurisdictio; & vice versa Catholici suo jure experiuntur; Neutrique partium alteram de religionis suæ exercitio, ecclesiæ ritibus, & ceremoniis deturbare fas est, sed liberum religionis suæ & bonorum usum ultro citroque habent, & templorum scholarumque suarum cuique parti cura integra reservatur. *Pac. Rel.* §. 27. *Instr. P. W. art.* 5. §. 7. 11. 29. & 49. Posthæc propter identitatem rationis accedit illud *ex art.* 7 *Instr. P. W.* desumptum; ubi notanter: Si quis Princeps Protestantium vel alius territorii dominus vel alicujus ecclesiæ patronus posthac ad alterius partis Sacra transierit, aut principatum &c. ubi alterius partis Sacra publico exercitio vigent, successione, vel alio quocunque titulo nactus fuerit, ipsi quidem concionatores aulicos suæ confessionis citra subditorum onus aut præjudicium secum atque in sua residentia habere licet, sed ei fas non est, publicum religionis exercitium, leges aut constitutiones ecclesiasticas hactenus ibi receptas immutare &c. vel NB. juris territorialis, episcopalis, patronatus, aliove quocunque prætextu subditis ministros alterius confessionis obtrudere, ullumve aliud impedimentum aut præjudicium directe vel indirecte alterius sacris afferre &c. Ex qua Lege atque ejus ratione liquido inferre licet: Quæcunque religio Protestantium cum annexis ita est privilegiata, ut à Principe Protestanti & ad alterius sacra transeunti sub Juris territorialis vel episcopalis, patronatus, aliove quocunque prætextu immutari vel ullum aliud impedimentum aut præjudicium directe vel indirecte ei afferri nequeat, illa quoque à Principe ad Castra Pontificiorum transeunte sub Juris territorialis vel episcopalis prætextu immutari aut huic præjudicium directe vel indirecte afferri nequit; atqui verum est prius per textum allegat. ergo & posterius. Siquidem per rerum naturam fieri haud potest, ut id ab ullo unquam hominum infringi possit ac debeat, quod, ut consistat, est constitutum; atqui religio evangelica Legibus Imperii firmata est, ut secundum annos regulativos consistat: Ergo nullus mortalium ipsam infringere aut immutare potest ac debet. vid. Hert. *de Jur. Reform. dist.* 2. *part.* 1. *thes.* 17.

§. XXXIV.

Has regulas & exempla legalia imitantur pacta, transactiones, & constitutiones diversorum Principum cum subditis initæ, quales re-

Digitized by Google

recenset D. Struv. *Synt. J. P. cap.* 26. §. 31. inter domus Saxonicas ratione Comitatus Hennebergici, de Anno 1660. ubi Rec. divisorio §. 1. statutum, si Princeps quidam ab evangelica deficeret religione, eo ipso etiam jure sacrorum excideret; collat. Recess. de Anno 1672. inter Seren. Duces, Vinariensem, Isenacensem & Jenensem; nec non pacto confirmato de Anno 1685. inter fratres Guilielmum Ernestum & Johannem Ernestum Duces Saxoniæ, vid. quoque D. Muller. *Elect. Tom. 2. cap. 3. §. 35.* Quid? quod laudat. Struv. addit: à Joh. Georgio II. Electore Saxoniæ Status provinciales ante præstitum homagium stipulatos fuisse, ut si circa religionem quicquam immutaretur, ipsi à præstito juramento essent immunes, prout formalia Recessus de Anno 1676. die 28. Dec. edocent: Und Anfangs zwar soll unser getreue Landschafft hiemit vergewissert seyn, daß Wir dieselbe vermittelst Göttlicher gnädiger Hülffe und Beystandes bey dem reinen und unverfälschten Worte GOttes, wie solches in denen Prophetischen u. Apostolischen Schrifften begriffen in der ungeänderten Augspurgischen Confession, so Kayser Carolo V. Anno 1530. von denen Evangelischen Ständen übergeben und in der Formula Concordiæ wiederhohlet worden, schützen und handhaben, darwider keine verführerische noch sectirerische Lehre, Corruptelen und Irrthümer einreissen, sondern unsere Universitäten, Kirchen und Schulen, auch Geist- und Weltliche Raths-Collegia sowohl andere Stellen und Dienste jederzeit mit gottesfürchtigen, redlichen und genugsam qualificirten tapffern und erfahrnen Leuten, unserer reinen Evangelischen Lutherischen Religion zugethan, bestellen, und was wegen Leistung des Juramenti religionis sowohl in vorigen unsern Land-Tags-Abschieden als auch der obangeführten gnädigsten Resolution auf einer getreuen Landschafft Uns bey jetzigem Land-Tage übergebenen præliminar-Schrifft mit mehrern enthalten, es überall ungeändert beruhen und verbleiben lassen etc. specialius vero & expressius habetur in Reversalibus sive Land-Tags-Revers de eod. dato. Wir wollen Uns auch ohne gemeiner Landschafft Bewilligung in keine Werbung, Krieg, Bündnüß, Religions-Handlung, Veränderung der Steuer-Verfassung oder anderer Sachen, daraus Uns, unsern Landen und Leuten Schaden und Nachtheil erfolgen möchte, einlassen, noch unsere Lande, so Wir von unserm Hochsel. Herrn Vater und vermöge der darauf erfolgten Freund-Brüderlichen Hauptvergleichung erlangt ohne der

Land-

Landschafft Rath und Einwilligung verpfänden, versetzen, oder durch Testamenten, letzten Willen oder andere Disposition, Tausch oder Vergleich zergliedern, trennen oder alieniren, und obberührter unserer Landschafft-Bezeigung in Gnaden und allem guten unvergessen eingedenck seyn. Wir wollen auch insgesammt keinem unserer Räthe oder Diener gestatten, daß sie Uns dahin zubewegen sich unterstehen solten, die getreue Landschafft oder unsere Unterthanen nicht zu hören, ungehört per Decreta zu bescheiden oder denen Land-Tags-Abschieden, Reversalien, und der Landschafft beschehenen Zusagen im geringsten entgegen zu handeln. Sondern Wir sollen und wollen vielmehr allen dergleichen Leuten keinen Zutritt verstatten, sie also bald abweisen, auch diejenigen, so Uns hiezu Anlaß geben wollen, in unsern Diensten nicht dulden, weniger annehmen, und daferne Wir, welches doch der Allerhöchste verhüten wird, Uns diesem Revers zuwider zu handeln bewegen lassen würden, soll die Landschafft an ihre jetzige Bewilligung keineswegs verbunden seyn; Wie Wir denn insgleichen hiemit zusagen und versprechen, die gesammte, getreue Landschafft bey der einmahl erkannten und bekannten Religion, wie dieselbe in denen Prophetischen und Apostol. Schrifften begriffen, auch in der Augspurgischen ungeänderten Confession Anno 1530. Kayser Carln dem V. von denen Evangelischen Ständen überantwortet, und in der Formula Concordiæ wiederhohlet, sowohl denen Kirchen-Ceremonien, allermassen dieselbe biß anhero in Kirchen dieser Lande gebräuchlich gewesen, biß an unser seel. Ende mit GOttes gnädiger Hülffe und Beystand zu handhaben und zu schützen, am allermeisten aber, was wider diesen unsern Revers aus dem Westphälischen allgemeinen Friedens-Schlusse in diesem Punct angezogen werden könnte oder möchte, uns dem entgegen zugebrauchen, vielmehr allen denjenigen, so von einem und dem andern darwider practicirt und vorgenomen werden wolte, so viel an Uns, mit allem Ernst zu steuern und zu wehren, sowohl erwehnte unsere getreue Landschafft auch sonsten bey allen ihren Freyheiten und Gerechtigkeiten jederzeit gebührlich zu schützen. Wie nicht weniger die Stände bey ihren hergebrachten Regiments-Verfassungen und Commun-Gütern ungehindert, unverändert und unvermindert zu lassen, und Uns in ihren Obliegen in alle Wege genädiglich gegen Sie zu erzeigen; Solte aber, so doch die Heil. Dreyeinigkeit genädiglich verhüten wolle, auch mit derselben Beystand nimmermehr geschehen soll, von Uns in einem und dem andern Punct fürnemm-

 lich

lich aber die Religion betreffend ichtwas zuwider vorgenommen, verordnet oder dabey verharret werden; So wollen Wir Uns Krafft dieses dahin verreversirt und verpflichtet haben, daß obgedachter unserer getreuen Landschafft gethane Verwilligungen alsobald gäntzlich sollen erloschen, ab und nichtig, und sie insgesammt und sonderheit weder einiger Land- und Tranck-Steuer auch anderer Bewilligungen zu erlegen verbunden seyn. Solches auch ihnen zu einigen Ungnaden nicht gereichen, vielweniger sie damit wider ihre Pflicht und Eyd gehandelt haben sollen. Ansam, illud stipulandi, dedisse Pontificiorum machinationes, quibus Electorem Saxoniæ 1620. ad sua pellicere castra tentabant, ostendunt Universitates Lipsiensis & Wittenbergensis in scripto suo præliminari ad Elect. Joh. Georgium II. 1676. cum adjunctis literis Cardinalis Bellarmini ad Maximilianum Ducem Bavariæ, de dato Romæ die 10. Sept. 1620. & ad Fratrem Dominicum à Jesu Maria-Carmelit. de eodem dato, datis, quas exhibet Jacobus Fuligato Jesuita in Epistolis Card. Bellarm. Romæ cum licentia superiorum editis, fol. 384. seqq.

§. XXXV.

Cum vero Seren. Pol. Rex & Elector Saxoniæ Augustus religionem evangelicam cum catholica mutaret, Statibus Provincialibus non modo promisit, se nihil in sacris & profanis esse immutaturum, verum etiam omnem omnino Jurisdictionem ecclesiasticam ad Consilium Intimum Evangelicum simpliciter transtulit, vid. Fabr. Staats-Cantzeley *Tom. 33. cap. 6. p. 581. & cap. 5. n. 6. & 7.* Quin imo Majestas sua Regia intuitu Electoratus Saxonici, ne quidem pro Catholico Statu vult haberi, ut affirmat Declaratio III. Legati Electoralis Saxon. L. B. de Schœnberg Corpori Evangel. d. 2. Nov. 1725. tradita & exhibita à Fabro in der Staats-Cantzeley *Tom. 49. cap. 9. n. 2. & 3.* Aliud exemplum quoque habetur *in Corpore Gravam. relig. sub No. XI. Lit. A. B. & C.* ubi Comes Nassoviæ Johannes junior catholicus 1617. Patrem Johannem Seniorem evangelicum de religione evangelica non immutanda ac Jurisdictione ecclesiastica fratribus evangelicis cedenda sub juramento certiorem sequenti assecuratione fecit: Zu wissen: Nachdem der Wohlgebohrne mein freundl. lieber Herr Vater, wohlbedächtl. und erheischender Nothdurfft nach vor etlichen Jahren ein Testa-

ment

ment oder Disposition mit Unser S. L. 3. ältisten Söhnen Vorwissen und Subscription gemacht, in welchem unter andern nöthigen Puncten S. L. zu besserer Conservation ihrer Linien die Primogenitur, wie bey etlichen Fürst- und Gräflichen Häusern bräuchlich, eingeführet, und aber unter andern Puncten nicht allein in derselben Dispoſition, sondern auch in alt Herrn Vaters Testament verordnet, daß so wohl die Herrschafft als auch die Unterthanen bey der Religion und Ceremonien, wie ihre Lbd. angestellet und verlassen, zu bleiben schuldig seyn sollen; aber nach Ihrer Lbd. Absterben zwischen meinem Herrn Vater und Dero Herrn Bruder aufgerichteter Erb-Verein. angehängten Meldung geschicht, und versehen, daß keiner, so zu der Cathol. Religion treten würde, Land und Leute zu regieren bekommen solte ꝛc. daß ich zu GOtt für mich und meine Nachkömmlinge einen leiblichen Eyd zu schwören, und solches mit Hand und Siegel von mir zu geben, erbietig bin ꝛc. Item, ich bin um mehrerer Versicherung willen zufrieden, daß mein Herr Vater meinen sämtlichen Brüdern und Vettern Ihrer Lbd. Hn. Hn. Brüdern die Collatur und Bestellung Schulen und Kirchen austragen, und daß ich mit der Collatur nichts will zu thun haben, sondern will mich contentiren, daß ich auf dem Schloß mein Conscientiam frey zu haben, einen Priester oder 2. Teutscher oder Niederländischer Nation, so nicht aus der Jesuiten-Ordnung seynd, habe. Item, ich verobligire mich, im Fall etwas die Religion belangend in meines Herrn Vaters verlassenen Landen Ihrer und der Erb-Vereinigung zuwider handeln würde, daß ich mich alsdann hiemit de facto der Primogenitur und Possession Land und Leute verlustig gemacht haben will. Item, daß auf solchen Fall die Unterthanen wiederum ihres Eyds und Pflichten, damit sie mir zugethan, entschlagen seyn, und mir keinen Gehorsam leisten, noch für ihren Lands-Herrn mehr erkennen, noch achten sollen ꝛc. Idem simul continetur *in Recessu Hildesiensi sub dato, die 11. Jul. 1711. art. 4.* Nicht weniger verspricht das Thum-Capitul ꝛc. Daß dennoch in Ansehung der ihnen von den Aug. Confess. Verwandten gelassenen Kirchen, und weil aus der Differentia Jurisdictionis in dem grössern und kleinern Stifft, die mehristen Mißverständnüsse bißher gekommen, das Consistorium A. C. von nun an die völlige Jurisdictionem ecclesiasticam über die Evangel. Einwohnere und Eingesessene Geist- und Weltliche im kleinern Stifft eben so, wie es selbige in dem grössern Stifft exercirt oder exerciren, sollen in perpetuum haben, und selbiges darunter

werden dem Officialat-Gerichte, noch sonsten jemand anders auf keinerley Weise noch Art turbiret werden solle &c. Quæ omnia confirmat praxis in universo Imperio; siquidem extra casus perturbationis & violentiæ Principes catholici in subditos suos evangelicos Jurisdictionem ecclesiasticam non exercent, sed Consistoria aut alia Judicia ecclesiastica, vel etiam ipsis communitatibus cura Sacrorum relinquitur; prout videmus in Electoratu Palatino; ubi Heidelbergæ Evangelicis Consistorium; vid. *Confirmations - Patent de anno* 1699. *d.* 4. *Dec.* cujus potestas eadem, quam consilii ecclesiastici Reformatorum; actaque continet Fabri Staats-Cantzeley *Tom.* 48. *cap.* 6. *&* *Tom.* 49. *cap.* 6. Reformato-Evangelicis Judicium ecclesiasticum, der Kirchen-Rath, Erfurtensibus, Moguntino se dedentibus, Hildesiensibus, Silesiacis, Consistoria sunt relicta. In Palatinatu Bipontino gaudent Evangelici Consistoriis atque Juribus ecclesiasticis juxta Declarationem Consistorii Super. Bipont. ad illustr. Corpus Evangel. d. d. 20. Octobr. 1724. & jus diœcesanum ab Electore Moguntino prætensum solum ad Catholicos esse extendendum, effato Seren. Principis Palat. Bipont. apud Fabr. in der Staats-Cantzeley, *Tom.* 48. *cap.* 1. *n.* 3. *lit. B. & C.* Atque hæcce Judicia ecclesiastica in terris Catholicorum Principum vel pactis constituta, vel Recessibus & Legibus firmata propriam & non delegatam habere Jurisdictionem, quam Principes ipsis adimere non possunt, tradit Hert. *de Jur. Reform. dist.* 2. *P.* 1. *th.* 13. *p.* 144. itemque Bœhm. *in Not. ad Corv. J. C. Tit. de offic. Vicarii* §. 6. *&* 7. quamque Jus Coëpiscopale vocat Struv. *Synt. J. P. cap.* 27. §. 31. & libertatem exercitii religionis, quæ subditis Lutheranis sub Principe Catholico per Instr. P. competit, omnimodam esse asserit Lyncker. *Consil.* 154. Conferantur quoque, quæ in favorem subditorum A. C. addictorum Catholicorum Statuum & v. v. qui anno 1624. publicum vel etiam privatum suæ religionis exercitium nulla anni parte habuerunt, nec non qui post pacem publicam deinceps futuro tempore diversam à Territorii Domino religionem profitebuntur & amplectentur, sunt constituta *Instr. P. W. art.* 5. §. 32. *&* 33. & quæ privilegia & libertates ipse Imperator ad interventionem Regis Sueciæ & Statuum Evangel. Principibus, Comitibus, Baronibus, Nobilibus & Civitatibus quibusdam in Silesia & Austria inferiori ex Gratia Cæsarea &

Regia

Regia concessas manutenendas promisit. §. 34. item Friedens-Executions-Haupt-Recess. §. 2.

§. XXXVI.

Pretiosa hæcce conscientiæ & religionis evangelicæ libertas, quamvis summa nitatur æquitate & rationibus à Statibus Evangelicis in Comitiis *Ratisb.* 1556. *August. Vind.* 1557. & 1566. auf *Rudolphi II.* Wahltage *Ratisb.* 1575. *Ratisb.* 1576. *Aug. Vind.* 1582. *Ratisb.* 1594. 1598. 1608. & 1613. propositis: Quia 1. omnes promissiones Dei tam V. quam N. T. quibus homines vitam & salutem æternam consequuntur, essent universales, hinc potentia humana effici non posse, ut fierent particulares; 2. Nullus infidelis, Judæus, Turca & Ethnicus esset, qui non studio religionis suæ propagandæ agitatur, hinc multo minus Evangelicis Christianis illud desiderium veræ religionis propagandæ invidendum; 3. Concessa hæcce libertas conscientiæ non in præjudicium Catholicorum Statuum eorumque bonorum, quibus omnia bona sarta tectaque manere deberent, sed potius, si non concederetur, in præjudicium Evangelicæ religionis & ignominiam vergeret, quippe quæ 4. jam in genere in dem Nürnbergischen Friedstand 1532. Reichs-Abschied zu Regensburg 1541. fol. 249. und in der Declaration über solchen Reichs-Abschied fuisset permissa & approbata, vid. *Ast. Lehm. lib. 2. collat.* Burckhard. *Autonom. c.* 4. ingenti tamen sanguinis humani effusione fuit redimenda & recuperanda, testante *Pac. Rel. princ. & Instr. P. W. art.* 5. *pr.* Ex quo itaque (6) fundamento libertatem illam recuperatam evangelici defendunt Principes contra prætensum illud Jurisdictionis ecclesiasticæ exercitium Catholicorum eo magis, cum, finitis bellis, multoque invicem exhausto sanguine humano, ipsa lex sancita eam tueatur *Rec. Imp. Nov.* §. 193 verbis: Wir setzen und ordnen auch, daß kein Stand gegen den andern oder dessen Land und Leute, oder auch gegen seine eigene Unterthanen und Bürger in Religions-Sachen wieder den Friedens-Schluß mit Gewalt und eigenmächtiger Beginnung das geringste nicht attentiren oder vornehmen ꝛc. *Collat. Capit. Leopold. art.* 19. *Joseph. art.* 18. & *Caroli art.* 1. &c. Sicut ergo contra Pacem Westphalicam in causis religionis nihil attentandum; ita (7) Legibus civilibus etiam cautum est; neminem contra proprium factum venire posse *l. post mortem* 25. *in pr. junct. gloss. ff. de adopt.*

adopt. Schneidew. *Comm. ad Inst. pag.* 793. Cum enim Catholici Domini territoriales seculares omnem potestatem ecclesiasticam in subditos suæ religionis Episcopis vel sua sponte cesserint, vel recuperare noluerint, atque semetipsos incapaces ejusmodi Jurisdictionis credentes principiis Ecclesiæ Romanæ supra adductis inhæreant; multo minus exercitium Jurisdictionis ecclesiasticæ in subditos evangelicos habere possunt. Jurisdictio ista, licet secundum principia Evangelicorum dependeat à superioritate territoriali, cujus Princeps etiam Catholicus capax est, eave gaudet, hac ipsa tamen nondum idoneus est redditus ad exercitium ejusdem Jurisdictionis in subditos evangelicos; quia 1. secundum principia catholicæ religionis fundamentum hujus juris ponitur in sacramento, quod ordinis vocatur, ubi confirmatione Pontificis Episcopus consequitur ea, quæ sunt ordinis episcopalis, quo tamen secularis non est initiatus; 2. Subditi evangelici hoc sacramentum pro legitimo agnoscere non tenentur; indeque 3. oritur diversitas subjectorum passivorum Jurisdictionis sacræ hoc fundamentum rejicientium & agnoscentium; ac 4. ipsi Pontificii nullum admittunt Episcopum, qui non doctrina & scientia religionis catholicæ sit imbutus, per tradita P. Engel. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 4. *n.* 49. *&* 64. §. 2. *n.* 29. *& tit.* 32. *n.* 6. ergo & evangelicæ religioni addicti nullum admittant rerum sacrarum suarum moderatorem, nisi sit membrum ecclesiæ evangelicæ: Denn wo kein Bischoff oder Prælat der Augspurgischen Confession zugethan, geduldet, so könnte auch derselbe und seine Unterthanen der Lehre nicht berichtet werden: Sunt verba Statuum evangelicorum in supplic. d. 20 Sept. 1555. Imperatori in Comitiis exhibitis. Et Imperator sententiam suam hac de re sequentem in modum Evangelicis exposuit: dann wie ihnen (Evangelicis) beschwerlich fallen würde, wo die Altgläubigen zu verordnen begehrten, daß sie dieselben, ohnangesehen, daß sie von ihrer Confessions-Religion abfielen und darwider lehrten, dennoch behalten müsten; also und noch viel beschwerlicher würde es auch denen Altgläubigen und ihren Geistlichen seyn, daß sie die abgefallene bey den Stifftern, Prælaturn, Pfründen und derselben Verwaltung bleiben lassen und gedulden müsten, unverhindert, daß sie ihre Religion und Gottesdienst verachteten und widerfechteten, daraus nichts anders denn Zanck, Widerwillen und schädliche Weiterung erfolgen mögten, welches im Grund wenig zu Erhaltung Friedens, sondern viel-

vielmehr zu Uneinigkeit und mehrerem Unfrieden dienstlich seyn würde. vid. Burckhard. *Autonom. part. 1. cap. 4. fol. 11. & Responsio Aug. Conf. Electorum, Principum & Statuum Imperii ad resolutionem Electoralem Palatinam de dato 18. Mart.* 1700. verbis: Wahre und rechtschaffene Evangelische Christen können an allen Ritibus und Ceremoniis der Römischen Kirchen ohnmöglich gefallen haben, sondern es müssen nothwendig einige derselben ihnen Aergernüß geben, denn ihrer der Evangelischen Gottesdienst accordirt sich nicht mit so vielen äusserlichen neuen Sachen.

§. XXXVII.

Proinde (8) etiam Evangelicis solum per Pacem religiosam & Westphalicam Jurisdictio ecclesiastica fuit restituta & confirmata, non vero Catholicis Dominis territorialibus, non hi, sed illi una cum subditis catholicorum Principum Evangelicis jugum Pontificum excusserant, sibique libertatem conscientiæ vindicantes in corpus coiverunt, juxta illustr. Corpor. Evangel. declarationem in litteris ad Imper. Mens. Nov. 1720. datis, exhibitisve à Fabr. in der Staats-Cantzeley *Tom. 37. pag.* 658. Dahero hat Niemand denen Evangelischen Ständen verwehret, noch verwehren können, daß sie, nachdem sie das unerträgliche Joch der Römischen Clerisey abgeworffen, und sich wieder in die einem jeden Christen zustehende Gewissens-Freyheit gesetzet, sich genau mit einander verbunden, und ein Corpus errichtet, dessen Zweck nicht, wie ihnen von ihren Widersachern fälschlich wollen beygemessen werden, auf weltliche und Politische Absichten, sondern allein auf die Erhaltung der ihnen bereits Anno 1552. vindicirten unschätzbaren Gewissens-Freyheit, der von selbiger dependirende Gerechtsame und ihre gemeinsame Vertheidigung gerichtet gewesen. Collat. litteris die 9. Jul. 1726. pro impetranda Commissione Locali in caus. relig. grav. apud Fabr. Staats-Cantzeley *Tom. 48. cap. 9. n. 3.* & Boehm. *de Jur. Episc. Princ. evangel. cap. 3. n. 10.* Cum itaque (9) manifesti sit juris, circa annexa religionis idem juris esse quam circa religionem ipsam, vid. die auf das allerbeste gegründete Jurisd. Catholischer Landes-Herren §. 11. quæ Jurisdictioni ecclesiasticæ Catholicorum non subest, absurdum (10) non modo, sed etiam contra datam fidem foret, id quod una manu datum Evangelicis, suspendendo nimirum plenarie omnem jurisdictionem ecclesiasticam Catholi-

licorum in subditos evangelicos, altera, prætextu scil. superioritatis territorialis & juris reformandi, ipsis iterum adimere. Hinc (11) lites super reditibus & sustentatione ministeriorum, scholarum &c. exortæ, non Dominus territorialis, sed arbitri ab utraque parte pari religionis numero denominati decidant, per *Recess. Imp. de Anno* 1555. §. 22. nec supremis Imperii dicasteriis, introducto licet pari utriusque religionis Assessorum numero, ad tollendam in dijudicandis Statuum Imperii controversiis suspicionem, ullam in causis religionis, etiam quoad matrimonialia, competere Jurisdictionem statuunt Bœhm. *de Jur. Episc. Princ. evangel. cap.* 3. §. 10. Schuz. *Man. Pacif. de Jurisd. eccles. pag.* 171. *seqq. ubique* Bruckner *in Not.* collat. *Instr. P. IV. art.* 5. §. 52. Sed sola amicabilis compositio lites dirimat. Ex quibus omnibus & simul (12) è praxi & testimoniis Scriptorum J. P. ac aliorum supra §. 31. citatis constat: Catholicis Dominis territorialibus nullum competere Jurisdictionis ecclesiasticæ exercitium in subditos suos evangelicos, sicut fusius probavit Hertius *Tract. de Jure reformandi dist.* 1. *part.* 2. *th.* 5. *&* 7. vid. Ursprung des so genannten *Simultanei*, & Ungrund des sogenannten *Simultanei*; Ipseque Imperator August. dehortatoriis attenta ista rejecit atque damnavit, æque ac judicium Camerale. Obtinet quoque illud in terris extra Imperium Romanum, ubi cuilibet parti cura suorum Sacrorum integra reservatur, videantur privilegia & libertates Waldensium, sub Rege Sardiniæ, Ducis Sabaudiæ; de quibus testantur *Memoire de l' Etat present des Eglises evangeliques de Vallées de Piédmont apud* Fabr. Staats-Cantzeley *Tom.* 48. *cap.* 3. *n.* 12. *seqq. Transactio pacis inter pagos Helveticos Zürch & Bern, & inter Prælatum ad St. Gall. Mense Aug.* 1718. his verbis: Die Wittwen und Waysen sollen mit Vögten ihrer Religion besorget werden, und ihrer Auferziehung halber unter derselben und ihrer nechsten Verwandten Aufsicht stehen; Fabr. Staats-Cantzeley, *Tom.* 13, *cap.* 7. Pax Olivensis celebris in Polonia à multis Europæ Regibus & Principibus ad conservationem religionis evangelicæ Anno 1660. sancita; atque alia pacta in regno Hungariæ aliisve regionibus & provinciis.

§. XXXVIII.

Quamvis autem hæc adeo vera sint, ut nullo contrario argumento subverti possint, Catholicis tamen hactenus libuit, relictis majorum

jorum suorum principiis, quibus olim Jurisdictio ecclesiastica nitebatur, aliam induere mentem & quæ in utilitatem & conservationem religionis evangelicæ in terris Dominorum Catholicorum territorialium per Pacem Religiosam atque Westphalicam fuerunt sancita, ita circumscribere, ut oppressa penitus conscientiæ libertas cum libero religionis exercitio brevi post videatur. Id quod à Catholicis adhibitæ argumentationes & putativæ Pacis Westphalicæ interpretationes, quales sunt Dillingensium *in Compositione Pacis religiosæ*, Burckhardi *in sua Autonomia*, Schutzii *in suo Manuali pacifico*; Rittmeyeri *in Vindiciis juris reformandi*; adjunctis declarationibus ac resolutionibus Electoralibus Palatinis *in negotiatione religionis Palatina Corporis illustr. Evangel.* contentis atque impressa 1701. Principis Salmensis *in Speculo veritatis sic dicto*, cum cæteris, clarius demonstrant. Quibus autem ab adversa parte id factum rationibus dubitandi, annectendum erit. Primum enim defensores jurium Dominorum Catholicorum territorialium adducunt ex *Instr. P. W. art. 5. §. quantum deinde* 30. jus reformandi exercitium religionis, quod Statibus immediatis cum jure territorii & superioritatis ex communi per totum Imperium hactenus usitata praxi competit, atque principalem Jurisdictionis ecclesiasticæ venditant partem; conf. *Votum illustr. Legati Suecici cum adjuncto signo* ⊙ *in* Muller. *Elect. Jurid. Histor. Tom. 2. cap.* 3. §. 37. Rittmeyer. *Vind. Jur. reform. Sect. 2. pag.* 11. *&* 3. *cap.* 5. Et quamvis 2) Laici non essent capaces Jurisdictionis ecclesiasticæ, tamen ex consensu Papæ & vi superioritatis territorialis impropria ipsis sit attribuenda Jurisdictio ecclesiastica in subditos evangelicos. Rittmeyer. *loc. cit.* Muller. *Jurid. Hist. Elect. Tom. 2. cap.* 3. §. 3. Quia 3) Catholicorum Aug. Confessioni addictos Status provinciales & subditos, qui 1624. Jurisdictionem ecclesiasticam agnoverunt, in iis casibus modo dictæ Jurisdictioni subesse, qui Aug. Confessionem nullatenus concernunt, modo ipsis occasione processus nihil injungatur Aug. Confessioni vel conscientiæ repugnans, expresse statueretur, *Pac. rel.* §. 20. *& Instr. P. W. art.* 5. §. 48. verbis: *ad consequendos tamen reditus*; collatis. Et 4) ex §. *omnia quoque monasteria.* 26. in medio, pateret, quod, quemadmodum Evangelicis Imperii Principibus Jurisdictio ecclesiastica in subditos catholicos suos reservatur, ita propter exactam & mutuam æqualitatem *Instr. P. W. art.* 5. §. 1. æquum sit, ut catholicis Principi-

bus æque concedatur; collato §. *placuit porro* 34. ubi tacite Jurisdictio ecclesiastica contineretur. 5) Quod subditis evangelicis injuncta sit probatio Jurisdictionis ecclesiasticæ, qua deficiente, intentio Domini territorialis censeatur fundata. vid. die auf das allerbest gegründete *Jurisdictio* Catholischer Lands-Herren über ihre Evangelische Unterthanen ꝛc. §. 38. *apud* Fabr. in der Staats-Cantzeley *Tom.* 45. *cap.* 13. *Dillingenses composit. Pac. cap.* 6. *quæst.* 35. *& seqq.* Ita, ut 6) à libero religionis exercitio nulla valeret conclusio ad Jurisdictionem ecclesiasticam. Competeret enim hæc in tantum solum evangelicis subditis, in quantum exercitam fuisse probari posset; Id est, ut sub prætextu liberi religionis exercitii non defraudetur Princeps Catholicus jurisdictione ecclesiastica, nec sub prætextu Jurisdictionis ecclesiasticæ turbetur subditorum liberum religionis exercitium. Siquidem 7) sanæ etiam rationi non repugnaret subditos evangelicos à Principe catholico in rebus ecclesiasticis juxta principia religionis evangelicæ regi, nullumque exinde metuendum rei evangelicæ damnum, si per Consistoria vel alia Judicia ecclesiastica evangelica nomine Principis res Evangelicorum expediantur. Id quod 8) non solum usitata praxis, verum etiam consensus omnium Doctorum comprobaret; atque ut Imperatori decisio causarum religionis tanquam Judici catholico in toto Imperio submitteretur; ita & Statibus Imperii etiam Catholicis decisionem causarum religionis inter subditos in suis territoriis esse relinquendam; quodve Status evangelici facto suo approbarent, dum suis intercessionalibus tam apud Imperatorem, quam apud suos Constatus catholicos pro subditis evangelicis interpositis gravaminum abolitionem ursissent. Tandemque 9) haud consultum esset Reipublicæ in causis religionis subditos efficere independentes, propter ingentia exinde, inprimis ob varietatem ingeniorum, & religionis principiorum diversitatem, resultantia mala; ipsa experientia teste & hæc omnia asserente citata jam die auf das allerbest gegründete *Jurisdictio* Catholischer Lands-Herren; Confer. Chur-Fürstlicher Durchl. zu Pfaltz dem Herrn Baron von Bœzelar ertheilte final-Resolution, de dato Düsseldorff, den 18. Mart. 1700. quæ continetur in E sämmtl. auf dem noch fürwährenden Reichs-Tage zu Regensburg versammleten Hochlöblichen Evangelischen Corporis völligen Religions-Negotiation bey Sr. Chur-

Fürstlichen

Fürstlichen Durchl. zu Pfaltz, gedruckt 1721. *No.* 21. *itemque No.* 14. 20. & 24.

§. XXXIX.

Atque hæc sunt argumenta, quibus Principum catholicorum exercitium prætensum Jurisdictionis ecclesiasticæ in subditos suos evangelicos defenditur. His vero Principes evangelici fortiter restiterunt & quidem supra allegatis rationibus, quibus rationes respondendi summariæ adjiciendæ. Quod enim I. à jure reformandi petitam attinet objectionem, cum hac extensione, ut jus reformandi omnem Jurisdictionem ecclesiasticam sub se comprehendere dicatur, respondetur 1. Catholicis territorialibus jus reformandi exercitium religionis non negatur, sed restringitur, secundum annorum regulativorum 1618. & 1624. usum & observantiam, qui sunt norma & regula perpetua judicandi. *Instr. P. W. art.* 5. §. 31. & 39. *Rec. Imp. Nov.* §. 6. vid. Ursprung des *Simultanei* & Ungrund des *Simultanei per tot. Vind. Jur. reform.* Rittmeyer. *cap.* 1. *sect.* 1. §. 4. 9. *seqq.* 2. Distinguitur jus reformandi exercitium suæ propriæ religionis catholicæ à jure reformandi exercitium evangelicæ religionis. Priori jure utitur pure Princeps catholicus, posteriori vero ita limitate juxta annos regulativos, ut parum effectus remaneat, vid. Hert. *de Jur. reform. dist.* 1. *part.* 1. *th.* 20. Lincker. *Consil. sive respons.* 154. *n.* 2. 3. Distinctio quoque adhibenda est inter jus reformandi exercitium diversæ religionis, & Jurisdictionem ecclesiasticam in diversam religionem. Cum enim jus reformandi consistat in religionis diversæ exstirpatione, juxta tradita Rheüi *cap.* 3. §. 6. Struv. *cap.* 26. §. 24. & Rittmeyer. *sect.* 1. *cap.* 1. §. 7. Jurisdictio ecclesiastica autem in religionis diversæ conservatione & restauratione, quis sibi concipere poterit, hæc esse una eademque. 4. Posito autem sed non concesso, jus reformandi sub se comprehendere omnem omnino jurisdictionem ecclesiasticam, nonne Instr. P. W. *art.* 5. §. *hoc tamen non obstante* 31. jus reformandi & cum hoc Jurisdictionem ecclesiasticam ad usum anni 1624. restringeret; & Jurisdictionem ecclesiasticam cum jure reformandi §. *jus diœcesanum* 48. suspenderet vel plane tolleret? Siquidem 5. non solum absurdum, verum etiam contra bonam fidem foret, id, quod una manu, scilicet suspensione Jurisdictionis ecclesiasticæ datum, altera, prætextu scilicet

licet juris reformandi, adimere evangelicis, prout formalia habentur Statuum evangelicorum apud Lehm. *lib.* 2. *c.* 36. & repetita in concepto Concluso apud Muller. *Elect. Tom.* 2. *cap.* 3. Hinc & quoad II. objectionem de impropria quadam & ficta Jurisdictione ecclesiastica Catholicorum, primum tenendum; quod Lex ita non distinguat inter Jurisdictionem ecclesiasticam propriam & fictam, ergo nec nobis sic distinguere licebit. Hert. *dist.* 1. *part.* 3. *th.* 2. *p.* 77. collat. verbis Stat. Cathol. apud Lehm. *lib.* 2. *cap.* 67. *pag.* 525. Dann weil das Gesetz nemlich des Heil. Röm. Reichs Constitution des Religions-Friedens von beyderseits Religionen bewilliget und mit Kayserl. Majest. Autorität bekräfftiget, keinen Unterscheid zwischen Geist- und Weltlichen Personen machet; so würde es einigem Stande, auch dasselbige zu seinem privat-Vortheil zu unterscheiden, nicht gebühren. Cum enim 2. ficta illa jurisdictio ecclesiastica Principibus secularibus à Papa concessa, juxta stylum Rittmeyer. *cap.* 5. *sect.* 3. *p.* 70. rei evangelicæ æque nocere possit ac ipsum jus reformandi & propria Episcoporum jurisdictio ecclesiastica, præcipue si ad unum eundemque finem, exstirpationem nimirum religionis evangelicæ, tendant; Evangelicis quoque contra hanc fictam Jurisdictionem ecclesiasticam exceptiones Legibus Imperii fundatæ competunt. Siquidem 3. jus reformandi esse regulam, liberum autem religionis exercitium exceptionem, nulla lege continetur, contrarium vero demonstratur ab Hert. *Disp.* 1. *part.* 2. *th. ult. in fin.* Ungrund des *Simultanei.* §. 42. *&* 47. & jure civili, sub nomine actionis, quæ jus audit, exceptio comprehenditur *l.* 1. *ff. de except.* Godofr. *in not. ad h. l.* conf. *resp.* 4. *ad obj. I.* Quod autem III. objectionem ex § 48. *art.* 5. *Instr. P. W.* desumptam concernit, respondetur 1. concedendo: Competit Catholicis Jurisdictio ecclesiastica quædam in subditos evangelicos, quoad census, decimas & pensiones, vel, prout Pax religiosa loquitur: Renthen, Gülten, Zinsen und Zehenden, weltliche Lehnschafften, auch andere Recht und Gerechtigkeiten, der Augspurgischen Confession Religion, Glauben, Kirchen-Gebräuche, Ordnungen, Ceremonien und Bestellung der Ministerien nicht anlangend. Quam autem juris divini esse, Evangelici negant, & ad civilem solum referunt administrationem. Hinc 2. limitantur ea, quæ Aug. Conf. & conscientiam concernunt, & quæ Aug. Conf. & conscientiam non concernunt. Evangelici ergo Catholicorum subditi in iis, quæ Aug. Conf.

Conf. & conſcientiam concernunt, Jurisdictioni eccleſiaſticæ non ſubſunt, in iis autem, quæ Aug. Conf. & conſcientiam non concernunt, eatenus ſubſunt, quatenus 1624. ejusmodi Jurisdictionem Epiſcopi quiete exercuerunt. Et 3. per æquitatis regulam hæcce confirmantur, cum & eodem jure Aug. Conf. Magiſtratuum ſubditi cenſeantur.

§. XL.

Hanc æquitatis regulam generalem & annos regulativos imitantur ea, quæ ſpecialiter deciſa §. *omnia quoque monaſteria. art.* 5. *I. P. W.* habentur, & à parte adverſa IV. dubitationis loco adferuntur, ita, ut (1) cuique parti cura Sacrorum ſuorum integra reſervetur; ſiquidem (2) jura illa evangelicis Principibus in ejusmodi bonis eccleſ. mediatis à Catholicis poſſeſſis competentia ex mente Catholicorum non ſunt ea, quæ Jurisdictionem eccleſiaſticam abſolvunt, ſed quæ è jure patronatus deſcendentia divinum cultum nequaquam concernunt, vid. P. Engel. *lib.* 3. *tit.* 38. Corv. *J. C. lib.* 2. *tit.* 33. §. 1. 21. 23. *&* 24. Lancell. *J. C. lib.* 1. *tit.* 28. §. 1. *& pen.* Et ita (3) invertendum potius eſt argumentum: Si Catholicorum Aug. Conf. Magiſtratuum ſubditorum inſtituto religionis ſuæ non præjudicandum; ergo & religioni ſubditorum evangelicorum Principum catholicorum non præjudicandum; atqui &c. Nec non ex §. *placuit porro*, ſic colligendum: Cui, quod minus eſt, non licet, ei etiam id, quod majus eſt & gravius, in eodem facto nequaquam licere poteſt: atqui Catholicis non licet ſubditorum evangelicorum devotionem domeſticam turbare, tanquam minus, ergo majus, liberum ſcilicet religionis exercitium turbare, aut ſe in ſacra illorum ingerere, ipſis quoque non licebit. vid. *Elect. Palat. Ludovic.* kurtzen Bericht und Anzeige ꝛc. *in Comitiis* 1576. *apud* Lehm. *lib.* 2. *cap.* 17. Urgeat licet, quoad Vtum adverſarius probationem liberi religionis exercitii ſubditis injunctam; negatur tamen 1. à defectu probationis injunctæ ad fundandam Jurisdictionem eccleſiaſticam Domini territorialis conſequentia; obſtant enim Principi catholico ſemper Leges & rationes ſupra adductæ, & jure civili quoque eſt cautum, ut præſumptiones præſumptionibus elidantur. Prout etiam 2. diſtinguitur probatio tunc temporis reſtituendis injuncta & præſtita à probatione noſtro tempore à turbatis con-

 tra

tra statum anni normalis probatum prætensa & præstanda. Non de hac, sed de illa Lex loquitur. Siquidem 3. Legibus Imperii recentioribus Principes prohibentur, subditos juxta annum normalem restitutos & in possessione liberi religionis exercitii constitutos de facto turbare. Hinc illa liberi religionis exercitii notoria possessio non est ulterius probanda. Instat equidem adversa pars VI. à libero religionis exercitio ad Jurisdictionem ecclesiasticam non valere consequentiam; ast respondetur 1) contradictoria sunt, Jurisdictionem ecclesiasticam annexam esse libero religionis exercitio, ut Catholici statuunt, & non esse annexum. 2) Thesis ita est limitanda: à libero religionis evangelicæ exercitio ad Jurisdictionem ecclesiasticam Catholicorum propter manifestam fidei principiorum contrarietatem nulla valet consequentia; ac 3) Res ipsa contraria argumentatione evicta est; si à libero religionis evangelicæ exercitio ad Jurisdictionem ecclesiasticam Evangelicis debitam nulla valet consequentia; ergo à Jurisdictione ecclesiastica Catholicorum prætensa ad liberum religionis evangelicæ exercitium nulla quoque valebit consequentia, sed Evangelici in statu naturali quasi hoc respectu positi, curam Sacrorum suorum ipsi gerant, necesse est.

§. XLI.

Quicquid enim VII. suavissima argumentatio in se contineat, sanæ scilicet rationi non repugnare, neque rei evangelicæ damnum exinde metuendum, quando à Principe catholico sive ejus delegatis ministris secundum principia Evangelicorum Sacra ipsorum diriguntur; fallunt tamen maxime. Quod sanæ rationi non repugnet, quando Princeps catholicus contra Leges fundamentales suæ religionis evangelicam religionem non modo actu positivo conservat, sed & collapsam restaurat, prius debet probari ab asserente. Sed fieri haud poterit, dum contrarium æque prostat ac gravamina rei evangelicæ prætextu Jurisdictionis ecclesiasticæ illata notissima sunt. Ac quomodo fieri potest, ut Catholici se ingerant in Sacra Evangelicorum, cum olim vel autonomiam subditis concedere, conscientiis contrarium existimarent; atque insuper notissima res sit, Evangelica judicia ecclesiastica in terris Catholicorum non delegatam, sed ordinariam exercere Jurisdictionem ecclesiasticam. Provocent tandem VIII. & IX. adversarii

versarii in stabiliendo Jurisdictionis ecclesiasticæ exercitio in subditos evangelicos ad praxin & omnium DD. evangelicorum consensum, nec non ad damnum ex independentia subditorum in causis religionis resultans. Sed paucis regeritur: demonstretur prius praxis consueta, & Consensus DD. cum damno ex independentia in causis religionis subditorum evangelicorum resultante. Gravamina enim Evangelicorum, quæ audiuntur in Imperio, observantiam Legibus Imperii convenientem non constituunt; & DD. privatorum quorundam consensus Leges Imperii explicare non valet; siquidem non modo ab Evangelicorum illustr. Corpore rejicitur; verum & Imperator Augustus nullam sibi in causis religionis decisionem, sed tantum rei decisæ executionem vindicat. Quid? quod Principum evangelicorum intercessiones apud Status catholicos pro subditis evangelicis interpositæ indicant tantummodo, non via facti esse procedendum contra subditos evangelicos, sed libertatem conscientiæ & religionis cum juxta verbum Dei & symbola ecclesiæ determinatæ, tum Pace Religiosa & Westphalica confirmatæ ipsis sartam tectamque esse relinquendam. Fusius tandem ad hæc contraria argumenta responderi potuisset; sed, quia supra citata scripta anonyma plura suppeditant, ad finem Disputationis properans, finem Jurisdictionis ecclesiasticæ non quidem multis demonstrare, sed tantum paucis indicare restat, qui est, ut vitam quietam & tranquillam in societate civili obtineamus, & in omni honestate & pietate transigamus. Non enim obstant Thomæ & Cajetani cum recentioribus quibusdam objectiones: Principis non esse, subditos suos efficere pios, quia ipsis deficerent media; firmum dum stat principium Pauli 1. Timoth. 4. *Pietas habet promissa hujus & alterius vitæ*; atque ejus vis est, ut homines placidos, obsequiosos, amantes patriæ, juris & æqui retinentes efficiat. Grot. *de Imp. Summ. Pot. circ. sacr. cap.* 1. §. 10. *seqq.* Hinc & Imperium Romanum à Deo ad instar sanctæ & individuæ Trinitatis, fide, spe & charitate, virtutibus theologicis, roboratum dicitur, *Aur. Bull. pr. & tit.* 2. Et ter quaterque felices populi, quos continet timor Domini, & quorum Jehova est Deus, cui sit laus, honor & gloria sine fine.

Disser-

Digitized by Google

Dissertatio Inauguralis de illicita à Principibus protestantibus provocatione in causis ecclesiasticis, Præside HENRICO BODINO, Elect. Brandenb. Consil. Eccles. in Duc. Magdeb. & Profess. Juris Ord. p. t. Pro-Rectore & Facult. Jurid. Decano, die 13. Sept. MDCXCIX. JOHANNES PUTTER, Iserlohnio-Westphalus.

SUMMARIA.

1. *Origo Sacerdotii. Ejus fastigium. Ejus lapsus. Sacerdotum malitia sub prætextu pietatis. Unde Clerici vocati? Origo Jurisdictionis ecclesiasticæ.*
2. *Origo juris Episcopalis & ejus abusus.*
3. *Hierarchiæ maxima occasio.*
4. *De auspiciis primatus Papalis.*
5. *Episcoporum Jurisdictio secularis unde?*
6. *Papæ independens potestas abominabili malitia acquisita. Secularis potestas Episcoporum Germaniæ.*
7. *Jurisdictio ecclesiastica à seculari prorsus separata.*
8. *Papæ in omnes Principes suprema potestas.*
9. *Potestas Papæ circa Jurisdictionem secularem in Imperio Germano.*
10. *Prorsus absoluta & suprema.*
11. *Fundamentum Juris Episcopalis Principibus protestantibus competentis.*
12. *An vindicata Jurisdictio à Principibus? Ex Instrum. Pac. Osnabr. repetitur.*
13. *An suspendi potuerit?*
14. *An translata? & an perpetua? An in deposito fuerit?*
15. *Removentur objectiones contra independentiam in Ecclesiasticis.*
16. *Attentata Cameræ Imperialis contra Principum Jura.*
17. *De fundamento Jurisdictionis Cameralis.*
18. *Quæ causæ pro Ecclesiasticis habendæ? Principum Aug. Conf. autonomia in Ecclesiasticis. Consistoria retinenda. Sacrilegium est, avocare causas à Consistorio.*

19. Ju-

Digitized by

19. *Jurisdictio Judiciorum imperialium regulariter non fundata contra Principes in Ecclesiasticis; Hinc nec in matrimonialibus. Remittitur quaestio ad Imperatorem & Status Imperii.*
20. *Quem habeant Status in matrimonialibus Judicem? Nullum habent.*
21. *Exceptio à reg. ex J.P. art. 5. §. 54. de controversia circa Ecclesiastica, inter immediatos invicem sine intuitu turbatae religionis.*
22. *Cam. Jurisd. fundata in casu turbationis intuitu religionis. Si immediatus immediatum conveniat.*
23. *Quod si immediatus mediatum turbet, ubi conveniendus? Si mediatus immediatum?*
24. *De controversiis inter Magistratum & subditos; Subditis non facile decernendi processus contra Superiores.*
25. *Quando dicatur Princeps turbare subditos in religione.*
26. *Quod si Calendarium novum obtrudat, an turbet in religione?*
27. *In causis religionis & fidei an judicent summa Imperii Judicia?*
28. *Cognitio de haereticis. Non est de veritate fidei, sed solum de dissensu à tribus sectis.*
29. *Quis sit haereticus?*
30. *Transitus ad viam provocationis.*
31. *Quae sint causae ecclesiasticae?*
32. *Quae bona ecclesiastica?*
33. *Personae ecclesiasticae quae?*
34. *Judex secularis non judicat in petitorio causarum ecclesiasticarum; ne quidem per modum reconventionis, nec inter Laicos; hinc nec provocatio locum habet.*
35. *In matrimonialibus Ecclesiasticus judicat de quaestione juris.*
36. *In causis matrimonialibus subditorum catholicorum ad Aug. Confess. Principes provocatur. Turbatis in cognitione harum decernuntur Mandata à Camera Imperii.*
37. *In possessorio quis judicare possit? Adipiscendae;*
38. *Retinendae;*
39. *Inter duas personas ecclesiasticas.*
40. *Inter actorem laicum & reum clericum.*
41. *Inter reum laicum & actorem clericum.*
42. *De possessorio retinendo in causis ecclesiasticis inter duos Laicos.*
43. *De dominio utili rei ecclesiasticae inter duos Laicos in possessorio.*

44. *De possessorio recuperandæ inter actorem clericum & reum laicum.*
45. *De simplicis facti quæstione in causis ecclesiasticis.*
46. *Invocatio brachii secularis in causis spiritualibus, matrimonialibus & aliis: an proprie fundet Jurisdictionem?*
47. *Quid si Ecclesiasticus se competentem pronunciet?*
48. *Inter personas Camerales Cam. Imp. judicat in matrimonialibus.*
49. *Non valet appellatio ab Ecclesiastico ad secularem.*
50. *Non potest Camera Imper. decernere promotoriales in Ecclesiasticis.*
51. *Neque nullitas ne quidem processus deduci potest in Camera in Ecclesiasticis.*
52. *De possessorio controversiæ in terris Brandenburgicis quoad punctum appellationis ad Cameram quiescunt.*
53. *An Princeps prohibere possit appellationes ad Cameram Imperii?*
54. *Præjudicia Cameralia in Ecclesiasticis non præjudicant.*

§. I.

CUm optimus rerum omnium conditor, tanquam essentialis amor, hominem, in præcipuum amoris sui objectum formatum, non aliter labi permiserit, quam ut in illo immensi sui amoris effectus ostenderet, seque ita omnibus creaturis intelligentibus tanquam fontem amoris manifestaret; inter alia reparandæ humanæ salutis amoris documenta non ultimo loco collocandum, quod certos gratiæ suæ nuncios instruxerit, qui ex revelato ejus verbo semimortuos erigant, ac quomodo summum illud Numen vero non fucato cultu coli debeat, verbo & opere ostendant, ne sine manuductore in tenebris aberrantes in abominabilem abyssum incidat. Quam sanctum autem ac omnibus salutare fidelium sacerdotum ad arborem vitæ reducentium officium, tanto magis antiqui serpentis technis illud à primis usque temporibus expositum fuit, dum sub specie sacerdotis tanquam angeli lucis, sæpius horrendus dæmon, lupus & satanas apparuit; Ipso Salvatore multoties illud ingeminante ac de illorum qui in orthodoxa Mosis ac Prophetarum cathedra constituti erant fermento cavendo, ac meliorem præ illis sanctitatem exigendo, fideliter admonente; Neque existimandum illud sub luce novi fœderis non amplius metuendum esse; Si enim omnium retro seculorum acta penitius

tius inspiciantur, manifestum erit, cunctorum malorum si non originem saltem progressum ab illis qui in sacerdotum ordine constituti fuerunt, profectum esse, quibus sub specie & prætextu pietatis aliis imponere proprium fuit; Hacque sub larva eo securius & felicius miserruti vocantur Laici decepti, quo magis persuasum sibi habebant, religionem hujus generis hominibus omnem exemisse fraudem; Quæ tamen eo ipso satis sese exseruit, quo prærogativam ut præ aliis consequerentur, Clericorum seu electorum Dei nomen tanquam ipsis solum conveniens sibi attribuere & quasi proprium facere, cœperunt. Neque tamen sufficere videbatur à communi hominum sorte se segregatos videri, sed supereminentiæ suæ aliud externum, & ad dominatum provehens signum requirebatur; Unde conscientiis imperare, articulos fidei sub pœna injungere, de cultu externo disponere ac divina beneficia & sacramenta pro arbitratu suo dispensare, imo sub prætextu conscientiæ, de quibuscunque negotiis & controversiis judicium sibi sumere inceperunt; Hinc inventa ab iis distinctio Jurisdictionis in ecclesiasticam & secularem, contra institutum Magistri, qui seculari summæ Reipublicæ potestati, eos non secus ac reliquos subjectos volebat, quanquam negari non possit, primitus Apostolorum temporibus, lites inter fratres exortas, laudabili instituto secundum monitum Apostoli, amice ab ipsis decisas fuisse, ne infidelium tribunalia adire necessum haberent. A sola igitur charitate ecclesiastica talia initio profecta judicia seu potius arbitria (vid. Petr. Suav. *Hist. Concil. Trident. lib.* 4. *p.m.* 297.) paulatim refrigescente eadem, in absolutam tracta necessitatem; sic ex bono initio, malus progressus, pessimus eventus, uti deploranda abunde testatur experientia, secutus; Amorem enim verum pro derelicto habentes, fastum & ambitionem è contra ambabus manibus amplectentes Clericos insatiabilis dominandi libido movit ad excogitanda speciosa, sub pietatis prætextu, remedia, quibus & fucum facere Imperantibus, & simplici plebeculæ, singularis de se sanctitatis, & inde resultantis summæ justitiæ opinionem persuadere possent.

§. II.

Speciem tamen probitatis & amoris subsequentibus quoque temporibus prætexentes, eo rem deduxerunt Episcopi admodum politici,

 ut

ut illis etiam in causis civilibus judicandi potestas concessa; Quanquam verisimile sit, non aliam eam initio fuisse quam arbitrorum, qui utriusque partis consensu eliguntur, uti *ex Nov. Valent.* 12. verb. *praeunte vinculo compromissi* colligere licet. Nec credibile est; ipsos statim tantam affectasse potestatem ut ab illorum sententiis non esset provocatio, aut ipsos Judices in civilibus ordinarios fuisse; sub virtutis enim & singularis aequitatis umbra, subtilem ipsorum ambitionem & affectum optime abscondi posse, satis in comperto habebant; Unde eveniebat, ut quilibet fere ipsorum aequitatem potius quam Legum rigorem experiri ac per hoc Judicio Episcopali sese subjicere mallet; Hinc speciali audientiae Episcopalis nomine Judicia eorum insigniri placuit; vid. *tit. C. de Episcop. audient.* Principes inde felicem & optimum in controversiis terminandis fructum sibi imaginantes, ad secularia eos negotia admovere coeperunt; quanquam magis Episcoporum calliditate & versutia, qui causas quasi inter pias & ad officium eorum pertinentes referebant & per indirectum per varias technas & artes subrepere Principi didicerant, quam ex principio seu motu interno & spontaneo; Quid enim quaeso? movere potuisset Episcopis committere curam, ne mercatores modum mercandi excederent. *l.* 1. *C. de Episc. aud.* Remedia improbitatem hanc Mandatis poenalibus coercendi Magistratui seculari paratissima sunt; Sed cum per delictum hoc pauperes opprimi & rerum omnium caritas induci, ad Episcopos autem curam oppressorum pertinere visum fuerit, non adeo absurde officio eorum adscribi putarunt. Hinc est quod posterioribus temporibus tot causae spirituales, spiritualitati annexae, mixti fori, & nescio quae non enatae, & ad ecclesiasticum tracta sint Judicium.

§. III.

Jacto sic potentiae & futuri Dominatus primo fundamento ad hunc quoque soloecismum seduci se passi fuere Principes, ut ad consilia eos admiserint secretiora & praecipua officia administranda demandarint, quo nihil adipiscendae praemeditatae eorum Monarchiae ecclesiasticae impedimento aut obstaculo esset; utque arma quibus tandem aliquando semel contra Dominos suos insurgerent, & à Deo concessam potestatem excuterent, ex ipsis Archivis petere possent, optimum

mum rati propriis telis illos interficere, quos alia ratione superare fors difficile fuisset: Nimia hæc erga Clerum reverentia aut superstitio potius, immensæ postmodum potentiæ toti Christiano orbi formidabilis primum robur addidit & funesto eventu docti Imperatores, verissimum esse illud, quod ex aliis allegat Gastel. *de stat. publ. Europ. c.* 4. §. 6. So man einen Pfaffen mit ins Regiment nimmt, seye es eben so viel, als wenn man einen Marder ins Tauben-Hauß setzte; hinc Fridericus II. Imp. dixisse fertur: Caput orbis extulit ecclesiam, sed caput ecclesiæ conculcavit caput orbis. Horn. *Orb. Imp. p.* 82. Sed ita evenire solet ut plurimum, quod divini Numinis vindictam sentiant Imperia ab illis qui quam devinctissimi esse creduntur; Optimam inde nacti occasionem eximendi se suique ordinis homines Jurisdictioni seculari, cui tamen Lege divina obtemperare jussi, 1. *Petr.* 2. *v.* 13. *Rom.* 13. *v.* 1. Sacerdotium è contra utpote à Deo solo institutum non dependere ab ulla humana potestate, non tantum quatenus salutis divinitus patefactam formulam continet, sed & quantum externum Regimen ecclesiæ concernit, Principibus ultro persuadere conabantur, felici quidem pro voto ambitiosorum hominum, sed Reipubl. German. exitiali successu, uti eventus docuit.

§. IV.

Inter omnes autem nullius fervor unquam major extitit, quam Romani Episcopi, qui caput suum extollere, & præ omnibus aliis prærogativam prætendere cœpit; Et cum juris via hac in parte ob deficiens jus valde invia ipsi visa, adulatione & factorum injustissimorum approbatione præcedentiam præ cæteris consecutus; Quanquam tempore quoque Constantini, non tam ob urbis prærogativam, quam ob laudem orthodoxiæ in ecclesia Romana eousque retentæ, Orientali ecclesia interim variis hæresibus vacillante, & ad Arrianos plane deficiente, præeminentiam aliquam ipsi concessam asserat. Marc. Ant. *de Dom. lib.* 3. *de Republ. eccles. cap.* 1. *&* 2. Et ipse Constant. *in lib.* 1. *de summ. Trinit.* non obscure innuat. Attamen nec adhuc propriam aliquam Jurisdictionem sibi arrogare ausus fuit; licet referente Petro de Marca *de Concord. sacerd. & Imp.* Anno 347. ipsi summa auctoritas cognitionum per Orientem & Occidentem non quidem per modum

appellationis h. e. ſummæ poteſtatis judiciariæ, ſed per modum Conſultationum ſeu Relationum competierit. Schilt. *de lib. Eccleſ. Germ. cap.* 9. §. 14. Conſtantinus M. quamvis ad ſuperſtitionem usque alias religioſus ſanctiſſimisque Præſulibus, uti ex Actis Concilii Niceni patet, aliquando plus juſto quid indulſerit, eo tamen nunquam adduci potuit, ut Romano Antiſtiti minimam partem Juris circa ſacra ſeu poteſtatem diſponendi circa Regimen eccleſiæ externum concederet; demonſtrant id tot ſacratiſſimæ Conſtitut. de *ſumma Trinit. Epiſcopis & Cler. Epiſcopali Audientia &c.* Acta primi Oecumenici Concilii Imperatori curam hanc ſolum competiiſſe evincunt, ubi ita Epiſcopi: *Quoniam Dei gratia & Deo dilectiſſimi Regis Conſtantini, qui nos ex diverſis urbibus & Provinciis congregavit &c.* Goldaſt. *Monarch. tom.* 1. *p.* 38.

§. V.

Sed Epiſcopi poſtmodum nec hac ſua ſorte contenti omnem ſecularem affectabant poteſtatem, imprimis autem Romano Præſuli indecens videbatur immenſas opes Imperatorum profuſa liberalitate & ſuperſtitione in eccleſiam & Clerum collatas, ſine Imperio, ſine Jurisdictione poſſidere, add. Monzamb. *cap.* 3. *n.* 7. *& ſeq.* hinc ambabus arripiebat manibus occaſionem, ex facto Phocæ nefario autoritatem ſibi conciliandi, ac approbabat tonſuram Chilperici à ſubdito ſuo eapropter in Monachum raſi, quod eidem nimium potentiæ indulſiſſet. Et ne Germanis Imperatoribus otium & vires ſupereſſent creſcentem in dies potentiam ad initia ſua revocandi, expeditiones cruciatas uti vocabant in Palæſtinam ſine graviſſima conſcientiæ læſione omitti non poſſe, absque rubore profitebantur: Sic inſidiis & fraudibus deceptis Imperatoribus facile fuit Pontifici Jurisdictionem eccleſiaſticam ad ſe rapere, præprimis cum & illi qui ad ſecretiora admoti conſilia ut plurimum Clericalis ordinis homines à nutu & arbitrio Magiſtri ſui unice dependerent.

§. VI.

Cum vero poteſtatem ſummam ac prorſus independentem hac via conſequi non poſſet, aperto Marte etiam pugnandum cenſuit, & per varias turbas, abſolutis ſcil. à fidelitatis nexu ſubditis, concitato

filio

filio in patrem tandem ipsum Henricum V. eo adegit Pontifex Calixtus, ut & ipse Juri constituendi & investiendi Episcopos prorsus renunciaret, Imperatori relicta saltem potestate conferendi Regalia & feuda Imperii, adhibito ritu tradendi sceptri. Sic magna pars summæ potestatis jurium periit, & à Republica Germanica divulsa fuit, conf. Conring. *de Constitut. Episc. Germ.* §. 54. *& seq.* atque ex ovium Pastore Rex & Princeps seculi factus mira metamorphosi: Quanquam non diffitendum Imperatores præcedentes in eo admodum lapsos quod Episcopis & aliis Præsulibus Germaniæ nimia indulgentia primum secularem Jurisdictionem, territoria cum Regalibus concesserint, uti de Ottone testatur Reiner. Reinecc. *de Orig. Saxon. fol.* 14. Daher begunten die Bischöffe erst weltlich Recht zu haben, das dauchte damahls unbillig manchem Mann. Brunoni enim Archi-Episcopo Coloniensi Ducatum Lotharingiæ, Wilhelmo filio Archi-Episcopo Moguntino Thuringiam gubernandam commisit. Hugo de *Stat. Reg. Germ. cap.* 1. §. 5. Burgold. *ad J. P. part.* 1. *disc.* 20. *n* 8. Originem hinc primum traxit celebris illa distinctio inter Episcopum qua talem, & qua Principem seu Ducem; Hinc alii fines Diœceseos, alii territorii constitui cœperunt; conf. Duaren. *de S. Eccl. Minister. lib.* 1. *cap.* 4. qua quidem nihil exitialius pestilentiusque Imperio accidere potuit, fastu enim & ambitione turgidi, contra intentionem Imperatoris, absque administratione bonorum & exercitio Jurisdictionis, territoria ipsis concedentis, Illustr. D. Rhetz. de. *J. Publ. lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 98. *& cap.* 15. *n.* 8. immemores Episcopum & Presbyterum non differre potestate, *Can. olim. dist.* 95. *omnes Clericorum totque Laicorum causas obtentu spiritualitatis aliasque prope omnes misti fori adspectu ac denique juris & justitiæ denegatæ colore, peculiares fecere foro Episcopali, eo tandem deventum ut affirmarent Episcopum habere eam judicandi potestatem, quæ tam late patet ac diffunditur, neque concessione, neque conniventia Principum, neque voluntate populi, neque inveterata consuetudine, sed Episcopi dignitati penitus insitam esse & essentialem atque ab ipso Christo donatam*; vid. Petr. Suav. *Hist. Conc. Trid. lib.* 4. *p. m.* 299.

§. VII.

Sic Pontifex se suosque summæ potestati civili subtraxit, cui tamen secundum praxin Vet. Testam. ubi summi Pontifices sub manu

&

& potestate regia erant, 1. *Paralip.* 23. 24. *&* 25. *& passim*; primitivæ ecclesiæ, imo secundum generale præceptum Pauli *Rom.* 13. *Omnis anima subjecta sit &c.* vid. M. Ant. de Domin. *de Republ eccles. part.* 2. *cap.* 4. *per tot.* obsequii gloria relicta esse debebat; quanquam jam paulo ante etiam Imperat. Frider. deceptus Pontificum insidiis, Clericis tam in civilibus quam in criminalibus exemptionem stabiliverit. *in Auth. statuimus C. de Episc. & Cler.* quam illi non tantum ad familias, sed & Clericorum concubinas extenderunt. Mart. de *Jurisdict. part.* 4. *cent.* 1. *cas.* 44. Imo eo deventum ut asserent judicem secularem nullis in caussis in Clericum habere Jurisdictionem, ne quidem consensu Episcopi, *C. si diligenti.* 12. *X. de for. compet. C. decernimus* 2. *& C. quanto.* 3. *X. de judic.* Et ne Papam quidem facere posse, & si faceret, secularem judicem minime posse cognoscere, ita Cardin. & Abb. in cap. *perpendimus X. de sent. excomm.* ideo nec Principem laicum nec Imperatorem posse condere legem, quo Clericus committens crimen læsæ Majestatis puniri possit per judicem secularem, & si puniat, fieri de facto, non de jure, eo quod Clericus non sit subditus, Jul. Clar. *in Prax. Crim. l.* 5. §. *fin. qu.* 36. *n.* 23. Ridicule hunc in finem alii adducunt dictum scripturæ, cujus verb. *Nolite tangere Christos meos*, de consecratis Clericis nullo modo subjiciendis potestati Laicæ explicant; & sic ordinatum judicium cum injuria confundunt: Hinc ab ipso Deo distinctam Jurisdictionem ecclesiasticam à seculari ajunt, iedeoque Clericum non declinantem forum Laici seu secularis Judicis tanquam transgressorem Legis divinæ & Canonis per Judicem ecclesiasticum mulctari aut extraordinarie puniri debere, Laicum autem convenientem caussam suam perdere; Scaccia *lib.* 1. *de judic. cap.* 11. *n.* 45. Judicemque judicandi potestate privari & ipso jure esse excommunicatum *C. nullus judicum* 2. *X. de for. compet.*

§. VIII.

Tandem eo devenit Pontificum insolentia, ut summam Jurisdictionem in omnibus sibi adscriberent, Deique Vicarios etiam in temporalibus sese jactarent, Paurmeist. *de Jurisdict. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 3. & esse eos ordinariorum omnium judices, qui à nemine nequidem universali ecclesia, ipsi autem cunctos judicare possent, *C. significasti.* 4. *X. de elect.* neque in hoc mundo præter Papam alium esse Monarcham.

Reink.

Reink. *de R. S. & E. lib.* 1. *class.* 2. *cap.* 4. *n.* 46. *& seqq. ibique cit.* Dei enim & Papæ unum esse Consistorium. Weber. *tract. de Jur. Consist. cap.* 50. Hinc à sententia Imperatoris ad Pontificem appellari posse, apud eos indubium videbatur. Guido Papæ *de appellat. concl.* 7. Esse enim Imperatorem Pontifice inferiorem, quoad dignitatem, caussalitatem & autoritatem; Augustin. de Ancona *de potest. ecclesiast. qu.* 36. *consid.* 5. 6. *&* 7. Et Rebuff. de priv. stud. priv. 164. inquit: *Pontificem non habere jurisdictionem per viam cumulationis, quia sic haberet Collegam & parem, nec per viam gradualitatis, quia sic haberet priorem Præsidentem potiorem se, sed esse totum continens omnia.* add. Limnæus *de J. Publ. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 98. Plura elogiorum monstra in primitiva Dei Ecclesia inaudita, vid. apud Gastel. *de stat. publ. Europ. cap.* 4. *n.* 10. *& seqq.* Goldast. *Polit. Imperial. lib.* 8. *p.* 430. *& in Præfat. de Monarch.* Anton. de Rosellis, *cap.* 5. *tract. de potest. Imperat. & Papæ*, quem exhibet Goldast. *tom.* 1. *de Monarch.* multis argumentis probare conatur, summum Principatum esse in Pontifice, sed ubique videtur supponere id, quod est in quæstione, ipse Cardin. Bellarminus, acerrimus alias Romanæ sedis propugnator, Imperium quidem Papæ universale adstruit, ejus tamen adhuc est modestiæ, ut indirecte saltem hoc ipsi competere asserat. Ziegl. *de Jur. Majest. lib.* 1. *cap.* 1. §. 10. Sed illi satisfecit Barcla. *l. de Potest. Papæ.*

§. IX.

Postquam igitur inter omnes alias gentes præcipue Germani ex superstitiosa simplicitate jugum illud Papale (sub specie pietatis ipsis impositum) cum veneratione subierunt, facile colligi poterit, quam in subditos Imperii Germanici Pontifex sibi arrogaverit potestatem, si enim talia in summa capita tentare ausus, quid non in subditos? Et sane manifestum est ante Pacificationis Religiosæ tempora ne minimam quidem cognitionem Judicibus secularibus relictam illis in caussis, quæ qualibet ratione colorem saltem ecclesiasticarum habuerunt, cum adhuc hodie Canonistæ ut plurimum defendant, Judicem laicum nec de caussis possessoriis rerum spiritualium cognoscere posse. Gonzalez Tellez *ad C. fin. x. de judic. n.* 8. & ibi cit. addit, in casu *C. fin.* Monachos de facto magis quam de jure coram potestate seculari conventos, quia

tum temporis ob grassantia bella potestas ecclesiastica neglecta fuisset. Atque in Civilibus non minus quam in Ecclesiasticis ad Pontificem de consuetudine appellatum fuisse, patet ex voto unius ex Assessoribus Cam. Imp. vid. Auct. præjud. Cam. *voc. Judex*, ubi à sententia ab Officiali Monasteriensi in Civilibus lata appellatum ad Pontificem; Appellatus in Cam. petiit Mandata avocatoria S. C. quæsitum quid faciendum? Votum primi eo collimavit, non posse Mandata S. C. decerni, eo quod ibi talis sit consuetudo, appellandi etiam in profanis causis ad Pontificem, Assessores autem secundum consuetudinem pronunciare debere; Testatur de hac consuetudine Conring. & ab eo cit. Exercitat. *de Judiciis Reipubl. German.* §. 80. *& seqq.* Ubi de sacro causarum secularium foro prolixe agit, *& §* 68. *in fin. d. Exerc.* inquit: *Vix legas ex eo tempore quenquam Episcoporum secularis causæ ergo ante Maximilianum in Germaniæ judiciis conventum esse, tantum abest ut id factum sit sacri delicti nomine; Text. in c.* 7. *x. de appell. ibi: si à civili judice appellatum ad Papam, tenet appellatio de consuetudine ecclesiæ*; idem evincit, & M. Ant. de Domin. *de Republ. ecclesiast. part.* 1, *p.* 460. consuetudinem dicit obtinuisse ut ob magnam Romanæ Ecclesiæ existimationem in gravioribus causis ex toto Romano Imperio illa consuleretur; Sed hoc quidem successu temporis ad quaslibet tractum causas, tantusque harum appellationum abusus factus, ut quilibet ab ordinario se gravatum putans ad Pontificem tanquam anchoram sacram confugeret, à quo tum inaudito exemplo ad delationem unius personæ sententia dabatur in absentem non auditum nec vocatum, M. Ant. de Dom. *cit. l. p.* 446. *ibique alleg.* adeout in ipso adhuc papatu medelam huic in perniciem Reipubl. tendenti malo afferre consultum judicarint Imperatores; hinc Edictum Maxim. I. wider des Pabsts angemaste Jurisdiction im Reich; Caroli V. Mandata de non evocando, Anno 1553. an die Stände des Reichs, quæ habentur apud Goldast. in den Reichs-Satzungen. Camerales quoque anno 1512. d. 20. Febr. in 100. Marc. aur. puri condemnarunt Reum, qui à sententia Cameræ Imp. ad Pontificem appellaverat. Limn. *de J. Publ. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 102. Hisce tamen non obstantibus provocationes in civilibus & profanis ad Pontificem Nunciosque in Imperio adhuc frequentabantur, adeo ut in R. I. noviss. §. als sich dann auch 164. Capitulationibus Leo-

poldi

poldi & Josephi sub pœna annullationis & cassationis, prohibitio repetita fuerit; præjud. vid. apud Gambs. *ad R. I. noviss. cit.* §. 164.

§. X.

Manifestum hinc est ecclesiasticam potestatem solam tunc temporis superiorem, nec ab ea ad secularem provocare fas fuisse, à superiore enim ad inferiorem appellare inauditum, neque consuetudine vel statuto induci posse, traduntcommun. Juris Interpretes; Inde quoque Judicem ecclesiasticum supplere posse Judicis laici negligentiam, non contra, docet Murga *tract. de benefic. p.* 288. addita ratione, quod Clerici sint Principibus secularibus etiam Regibus superiores, & eorum dignitatem cuicunque dignitati seculari præfulgere, *C. quis dubitet. dist.* 96. *C. solicitæ.* 6. *X. de major. & obed.* & quod Jurisdictio ecclesiastica habeat se ad secularem eo modo quo spiritus ad carnem, unde illam dirigit, non dirigitur ab ea. Sperell. *Decis. fori eccles. decis.* 123. *n.* 11. Ex quo fonte decidunt controversiam: Quis cognoscere debeat de dubio Jurisdictionis, seu, quando controvertitur: Utrum certa causa ad forum ecclesiasticum vel utrum ad seculare pertineat? Felician. de Oliva *de foro eccles. part.* 1. *qu.* 26. *num.* 10. & Barbos. *de Jure eccles. lib.* 1. *cap.* 39. §. 2. *n.* 28. pro Judice ecclesiastico & quod ille solus cognoscere debeat, pronunciant, adducunt pro sententia sua text. *in cap. si Judex laicus de sent. excomm. in* 6. Hinc Judicem ecclesiasticum per censuras ecclesiasticas procedere posse contra Judicem secularem, ut causam protinus remittat *C. seculares judices X. de for. comp. in* 6. etiam ex officio, cum cesset prorogatio, & tacitus vel expressus partium consensus nihil operetur. Oliv. *supr. cit. l.*

§. XI.

Sic in Pontificem Romanum per tacitum & expressum consensum translata, in causis quæ Ecclesiasticæ vocantur, omnigena, in aliis quasi directoria potestate, sub ejus jugo adhuc quidem detinentur Principes Romano-Catholici, utpote in quorum territoriis potestatem omnem circa Sacra adhuc sibi vindicat Pontifex Romanus, in evidens testimonium illam potestatem non dependere vel ab Imperatore, vel ab ulla in Imperio nostro seculari potestate. Postquam

 vero

vero singulari divina gratia tenebræ Papales in multis Provinciis Europæ discussæ sunt, non tantum exteri Reges, sed & Germaniæ Principes ac Status, excusso Romani Pontificis jugo, Jurisdictionem illam ecclesiasticam ab Imperatore & terrarum Dominis derelictam, vel potius quoad Germaniæ Status abdicatam, sibi vindicarunt; Hancque ita ex nova quasi causa acquisitam sibi propriam fecerunt; vid. Hug. Grot. *de* J. *B. & P. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 11. ut quamvis Præsul Romanus illam Jurisdictionem ab initio illegitime nactus sit, tamen quia ex voluntate Imperatorum & Principum in illa jus firmum acceperat, H. Grot. *d. cap.* 4. §. 14. hocque jam à territoriorum Dominis ipsi iterum ereptum sit, hi merito illud suo jure sibi vindicent, nisi quatenus de novo in illa alium Judicem agnoverint, summa quippe Evangelicis Principibus competente libertate in Ecclesiasticis disponendi, quatenus illa LL. divinis, pactis & transactionibus tanquam propriis conventionibus, aut tacito consensu non restricta; Quamvis enim Romanus Antistes ac Dominatus ejus propugnatores potius bellum contra Protestantes, plurimis annis continuare quam quicquam de absoluto suo in Ecclesiasticis Imperio cedere voluerint, tandem eo res redacta est, ut Papalis illa Jurisdictio ecclesiastica in terris Principum A. C. in suspenso relicta fuerit, unde per Pacif. Religiosam & I. P. Osnabr. *art.* 5. §. 48. & passim, Regiam quasi & independentem ac absolutam in Sacris consecuti potestatem, adeo ut actuum suorum nemini, nisi Deo rationes reddere cogantur, in hoc mundo superiorem non recognoscunt, cui hac in re jussa eorum emendandi, & corrigendi jus competeret, aut ad quem illi qui sese gravatos putant, provocare possent, uti in sequentibus plenius dispiciemus.

§. XII.

Utrum autem Principes & Status A. C. ante magnum illud dissidium potestatem hanc unquam habuerint, & sic quasi postliminii jure eandem sibi iterum vindicarint, nec ne, in præsenti non libet penitius inquirere, vid. D. Strykii Diss. *de* J. *Pap. Princip. evangel.* Tabor. *de Regim. Imperant. ecclef. thes.* 23. Harprecht. *Conf. Tubingens. vol.* 1. *consf.* 12. *n.* 43. *ibique cit.* Illud ex supra deductis patet, Papam & Episcopos omnimodam usurpasse, & Imperatorem ex connivenia, tacito

cito & expresso consensu plane amisisse potestatem in Sacris; Superioritas è contra territorialis paulatim vario titulo modoque, prout nunc conspicitur, exaltata est, à parvis ab initio profecta initiis. Ad instituti rationem sufficere existimo ex Pacificat. Relig. & Instr. Pac. Osnabr. rem hanc repetere, in quibus tanquam Imperii fundamentalibus LL. summa hæc libertas, pacto mutuave conventione ita confirmata, ut intra territorii cujusque fines sese continere debeat; sic ut Principes & Status protestantes hodie in terris suis omnia jura tum Papalia, tum Episcopalia, vi pacti Imperii publici superioritati territoriali superadditi, publica & in perpetuum valitura fundamentali Lege confirmati, exerceant.

§. XIII.

Num autem in Romanæ sedis præjudicium tale pactum iniri, atque ei jus quæsitum interverti potuerit, præjudicialis admodum mota controversia? Pontifex acriter sese opposuit multis protestationibus; Ernestus sive Eusebius de Eusebiis, sub quo nomine Johannem Muhlmannum, Professoris Theologiæ Lipsiensis filium, latere voluisse putatur, non veretur eam nominare causam perditionis animarum, usurpationem potestatis non competentis, repugnare dicit talem conventionem officio & juramento Cæsaris, Statuumque Catholicorum maxime Episcoporum, esse eam frustratoriam ipsoque bello periculosiorem, Romanorum Pontificum suffragio destitui ac damnari, & alia ad quæ breviter & nervose respondit Johann. Deckherr. *in Vindic. Pac. Relig. tit.* 28. *n.* 10. add. Fritsch. de Jure ecclesiast. tract. de *natura & indole Pacif. Relig.* §. 30. *& seqq.* ad quos brevitatis amore Lectorem benev. remitto.

§. XIV.

Sed cum Pacif. Religiosa in loco supra alleg. illam Jurisdictionem ecclesiasticam suspensam solum doceat, cassatam vero eandem sine Lege dicere non possimus, inde varie quæsitum, an in Principes & Status evangelicos translata? & an perpetua? Translatio quæ semper præsupponit ademptionem certam à parte pristini possessoris, & collationem certam à parte alterius an unquam facta sit? quod ita fa-

Digitized by Google

ctum esse, dissentientes, nec Lege nec ratione Legis docere posse, ajunt; suspensionem enim nulli aliquid tribuere, nec quicquam transferre; neque sequi tuum non est, ergo est meum? Quamvis vero hæc objectio speciem forte habere potuerit ante Instrum. Pacis Osnabr. tempora, tamen in hoc huic dubitationi satis obviam itum, & translatio omnimoda indigitata in verb. *territorii cujusque finibus inclusa maneat*, ut taceam absurdum, imo impossibile esse eam Jurisdictionem interim cessasse vel in deposito quasi mansisse; Sicuti enim nulla Respublica sine aliquo Sacrorum jure subsistere potest; ita rem depositam esse, absque depositario æque absurdum erit, vid. tamen Matth. Steph. *de jurisd. lib. 3. part. 1. cap. 1. n. 36. & cap. 15. n. 6.* Quamvis etiam Compositores Pacis Dillingenses ex clausula illa suspensæ Jurisdictionis ecclesiasticæ negaverint, Principibus protestantibus hanc Jurisdictionem in perpetuum concessam esse, sed Imperatorem, cum adimere non potuisset, illam suspendisse, donec occasio eandem de novo exercendi sese offerret; Sed æque absona est hæc explicatio, cum supra ostensum, Imperatorem hanc Jurisdictionem illo tempore non habuisse, & sic neque de illa disponere potuisse, hinc per illam Clausulam illud tantum indicatum est, semper usque ad Christianam compositionem dissidii Religionis *art. 5. §. 14. J. P.* quod sine dubio erit sub finem mundi illam tanquam in suspenso Principibus relictam Jurisdictionem ecclesiasticam, apud hos mansuram, quod confirmat *R. I. de Anno* 1552. § Solches und jedes 30. *& seq. in verb.* darüber jetzt oder künfftiglich weder aus Vollkommenheit oder unter einigem andern Schein, nichts fürnehmen. add. Deckherr. *de Pac. Civ. Rel. dat. part. 1. cap. 27. n. 8.* Obrecht. *ad J. P. art. 5. §. 48.* Carpz. *Jurisp. Consist. lib. 1. tit. 1. def. 1. & 2.*

§. XV.

Illud autem præcipue hac in materia, quantum ad effectum appellandi dissentientes hodie magni nominis Romano-Catholicæ Religioni addicti dubium movere solent: Expediti juris esse, Principes Aug. Conf. territoria sua cum Regalibus dependenter ab Imperatore Jure feudi possidere: Si hoc, non posse eosdem declinare provocationem extremam ad Cæsarem, aut ipsum & Imperium repræsentantem Cam. Imp. cum secundum principia ipsorum Evangelicorum Jus Sa-

Sacrorum sit pars superioritatis territorialis primaria; Hinc concedi quidem posse, Principibus competere Jura Episcopalia in suis territoriis, Imperatorem autem, exceptis causis fidei ac Religionis, habere Jura Papalia & quasi summam Jurisdictionem in causis ecclesiasticis quoad Protestantes. Quamvis itaque non negem Principes Aug. Conf. territoria sua maxima ex parte cum Regalibus jure feudi ab Imperatore & Imperio possidere; licet quoque non pauca jure allodii teneant; add. Disp. D. Strykii *de Jure princip. allodiali.* Non etiam negem Jus Sacrorum in Instr. Pac. *art.* 8. ad superioritatis territorialis partem alteram relatam, eique regulariter cohærere debere; Attamen cum ex sola & unica superioritate territoriali Principum nostrorum Jura non deducam; (Ita enim Nobilitati immediatæ, utpote superioritate destitutæ, non competeret) sed potentiæ eorum, qua jus hoc sibi asseruerunt, & quam Deus in omnimodam libertatem invalescere voluit, pacto Imperii publico confirmatæ, illud adscribam, argumenta contraria eo minus stringent: Imperator enim, qui in hoc negotio tanquam membrum & pars consideratur, neque sibi, neque Imperiali Cameræ summum Papale jus & potestatem judicandi in causis Ecclesiasticis subditorum Principis alicujus A.C. reservavit actu, nec reservare potuit, cum dissidii, Pacificationis, Instr. Pac. & omni tempore, quo à Pontifice Romano usurpatum & retentum, illud ipse non habuerit. Nec de novo illud per d. Instr. Pac. acquisivit, postquam enim ibi suspensa est Jurisdictio ecclesiastica cum omnibus suis speciebus, & ad terminos territorii cujusque restricta, nihil tributum est Imperatori, & ne verbulo quidem, quod causas ecclesiasticas ad se trahere possit, dispositum. Sola feudalis qualitas, quæ tantum in fide consistit, non involvit necessario subjectionem, & sic nec jus extremæ provocationis: Et si à sola qualitate feudali deducenda esset libertas hæc, non haberent Jus Sacrorum neque jus reformandi Principes nostri, vid. *art.* 5. §. 42. *I.P.* cum ex solo fidei vinculo, quod inter Dominum & Vasallum est, huic nullum jus in Religionem nascatur: Et quamvis superioritatis territorialis proprium quasi sit Jus Sacrorum, inseparabiliter tamen eidem ita non cohæret, quin abesse possit; abfuit enim durante Hierarchia Papali; & abest hodie à Principibus secularibus Romano-Catholicis; ut hinc potius videatur superioritati tunc temporis pacto superadditum Jus Sacrorum, quam ex ipsa superioritate

rioritate territoriali, quæ tunc non continebat in se, Jus hoc, deductum, unde illud, quod mediante pacto superadditum non poterit proprie dici competere vi superioritatis, seu vi illius, cui superadditum, nec poterit dici summum relative, sicut superioritas respectu Imperii, sed summum absolute, quod nullis nisi pactorum, ut ita loquar, LL. subest. Novum itaque non est posse penes aliquem esse interdum Jura territorialia, ita tamen, ut restricta sint quoad Jus circa Sacra & potestatem reformandi Religionem, Obrecht *ad J. P. art.* 5. §. 42. quamvis pro Domino territorii ejusque fundata Jurisdictione in omnibus quæ territorii finibus continentur tamdiu præsumatur, donec exemptio legitime doceatur, D. Coccej. *Inst. J. Publ. cap.* 21. §. 15. *n.* 1.

§. XVI.

Nihilominus tamen quotidiana testatur experientia, summam & absolutam hanc potestatem multis modis impugnari, dum videmus in causis ecclesiasticis maxime si de possessorio rerum spiritualium controvertatur appellationibus interpositis à supremis Imperii judiciis, sine omni scrupulo deferri, sc. usu & istis venit, quod plerumque Judicibus superioribus proprium esse solet, ut laborent omnibus modis extendere fimbrias Jurisdictionis, quam alieno nomine exercent; Unde quoque speciali opus fuit prohibitione, ne decernerent Camerales Processus contra Statuum Jura & Privilegia de non appellando, ad quod faciendum alias satis proni videbantur. vid. Conc. Ord. Cam. *part.* 1. *tit.* 22. §. Es wird auch, ibi: darwider kein Processt zu erkennen, sondern dieselbe unbeschwert dabey zu lassen, und dasselbige mehr als bißhero geschehen in Achtung zu haben, *add. part.* 2. *tit.* 31. §. 12. qualiter autem, & quo jure in Ecclesiasticis Camera cognoscat, vel ad illam appellationes fiant, & num ad Principes A. C. extrema tantum provocatio in terris suis competat, in sequentibus plenius tractandum.

§. XVII.

Cum vero Jurisdictio Cameralis fundata sit, vel in prima, vel in secunda instantia, seu, uti Cameralistæ loquuntur, vel per modum simplicis querelæ, vel per modum provocationis; Et quidem quoad

quoad prius Jurisdictio Cameralis vel propter eminentiam personæ, (quod scil. hæc immediate Imperio subjiciatur) vel propter eminentiam causæ, singulariter cognitioni, Cameræ demandatæ, ab interpretibus Ord. Cam. fundari dicatur; vid. Blum. Roding. Denais. aliique ad *O. C. in pr.* Regulariter tamen obtinet regula, quam tradit Gail. *lib. 1. obs. 1.* Cameræ Jurisdictionem in prima instantia ne quidem quoad immediatos esse fundatam, nisi in casibus exceptis; per modum provocationis vero (sub quo nomine alias quoque tanquam genere comprehendunt appellationem, querelam nullitatis, reductionem, restitutionem in integrum) fundari in omnibus causis, quæ non excedunt summam Ordinationis, vel privilegii, seu, ut Roding. *lib. 1. tit. 31.* ex *L. Et in majoribus C. de appellat.* ait, omnes quæ non reperiuntur expresse prohibitæ, & vero causæ spirituales, seu Ecclesiasticæ, inter illas exceptas referantur *c. 1. & 2. C. si diligenti §. fin. & C. Clerici x. de judic.* vid. Blum. *Proc. Cam. tit. 43.* ita ut ne quidem in hoc casu voluntaria prorogatio locum habeat *d. c. si dilig. §. fin.* Gail. *lib. 1. obs. 40. n. 7.* ipsique Principes ratione Jurium Ecclesiast. in suis territoriis per retro deducta Imperatori vel Judicio communi Imperiali subjecti non sint, sequitur ordinarie, nec per modum provocationis causam Ecclesiasticam ad Cameram devolvi posse.

§. XVIII.

Jam vero in illo præcipuum videtur consistere momentum, quænam causæ pro spiritualibus & Ecclesiasticis habendæ, ad effectum non fundatæ Jurisdictionis Cameralis? Ubi ex supra deductis hanc veram puto regulam: In quibuscunque causis Episcopi Germaniæ, & Pontifex Romanus, de jure seu expresso, Imperatoris & Principum Germaniæ, per Concordata, & alias, declarato consensu, vel usu, consuetudine (hæc enim Jurisdictionem tribuit per trad. Gail. *lib. 1. obs. 1. n. 18. & ibi alleg. text. & DDres.*) Jurisdictionem habuerunt, in omnibus illis hodie, Principibus A C. competit Jus cognoscendi & decidendi controversias in territoriis, & inter subditos suos. Et sicuti Pontifici Romano absoluta & independens sine ulla provocatione ad quemcunque in mundo secularem Judicem in his causis potestas privative competiit; Ita quoque eandem independen-

tiam ſine ulla provocatione ipſis ſolum competere exiſtimo; Hinc ut ſciamus, quid pro Eccleſiaſtico hunc in finem habendum, ex Jure Canon. quidem peti debet, quid olim durante Hierarchia Papali coram ſacro Judicio ventilatum & deciſum fuerit: Principes autem noſtri nullo modo adſtricti ſunt, ut controverſias Eccleſiaſticas præciſe ſecundum Canonica Jura decidant; cum abſoluta in Eccleſiaſticis polleant Autonomia; & eandem libertatem LL. Eccleſiaſticas condendi in ſuis terris habeant, quam habuit & habet Pontifex inter Romano-Catholicos: Unde, quamvis tota Jurisdictio Eccleſiaſtica, purum putum ſit idolum Papiſticum, uti ex ſuperioribus manifeſtum; Ne tamen independentiæ & autoritati Principum Aug. Conf. per illicitas appellationes ad ſumma Tribunalia quid detrahatur, jure meritoque retinentur Conſiſtoria, & in illis omnis generis cauſæ, quæ quondam pro Eccleſiaſticis habitæ, tractantur. Facile inde colligere licet quam grande committant ſacrilegium, ut utar verb. *l. 3. C. de crim. ſacrileg.* qui Principi ſuo ſi non Conſiſtoriorum abrogationem, ſaltem reſtrictiorem cognoſcendi poteſtatem illis relinquendam, conſulunt; Et ſub quocunque meliori cauſæ civilis prætextu, cognitioni Conſiſtoriorum cauſas ſubtrahere, annituntur, ſicque tandem eo, rem deducere per indirectum in effectu allaborant, ut orta Judiciorum confuſione, quælibet cauſæ, cæteris paribus ad Imperii trahantur judicia, & Principis ſui circa Sacra abſoluta & independens poteſtas, in abſolutam dependentiam convertatur.

§. XIX.

Cum igitur abſoluta, ut ſæpius dictum, gaudeant libertate Principes noſtri Aug. Confeſſ. in Eccleſiaſticis; hinc eſt, quod in modo dictis cauſis neque Imperatoris, neque Cam. Imp. Jurisdictio in prima Inſtantia contra ipſos Principes, uti quidem in multis aliis propter dependentiam & immedietatem regulariter fundata ſit; hinc eſt, quod controverſiæ eorum matrimoniales neque ab ipſo Imperatore, utpote cui in Eccleſiaſticis & ſpiritualibus nulla competit Jurisdictio aut cognoſcendi poteſtas, ei enim matrimonium tanquam res ſpiritualis eſt ſacramentum, de quo non niſi ſummo Antiſtiti Romano inter Catholicos ſumma competit cognitio, neque ab Imperali Camera deciden-

cidendæ; hujus enim, sicuti in aliis causis spiritualibus & Ecclesiasticis Jurisdictio non fundata, Blum. *Proc. Cam. tit.* 43. sic in matrimonialibus expresse rejecta per *Memor. Visit. de Anno* 1570. conf. Denais. *d. J. Cam.* §. 187. *voc. Matrimoniales causæ*; neque etiam tempore fundatæ Cam. Imp. ubi omnis Jurisdictio Ecclesiastica penes Pontificem Rom. erat, d. Cam. eam communicare potuerunt Imperator & Status Imperii. Hinc quoties controversia incidit de validitate aut alia quæstione matrimonii Principum & Statuum Imp. Aug. Confess. Senatus Cam. Imp. causam non definit, sed rem dubiam decisioni Imperatoris & Statuum committit. Sicuti in famosa controversia successionis, (*cujus Histor. vid. apud* Imhof. *Not. Procer. Imp. lib.* 6. *cap.* 7. *n.* 4.) Hanns Otto von Isenburg contra Julium, Bischoffen zu Würtzburg, & Wolff Ernsten, Grafen zu Isenburg und Büdingen, & Conf. Assessoribus placuit, causam potius remittere, quam diversa sententia præjudicium subministrare. Appellatum fuerat ad Cam. Imp. à sententia Consistorii Archi-Episcopalis Moguntini, vigore cujus Hanns Otto von Isenburg pro vero, legitimo & naturali filio Antonii ab Isenburg & conjugis ejus declaratus fuit; verba Sententiæ admodum notabilis hic subjicere non pigebit: *Claus. concer.* Wofern Kläger von Ihro Käys. Maj. Churfürsten und Ständen des Reichs die Resolution, ob die unterm dato vom 15. Decembr. 1622. ad Acta gebrachte Ertz-Bischöffliche Mäyntzische Consistorial-Urtheil als competenter ausgegangen, zu halten seye, oder aber widrigenfalls bey welchem Richter der Ausspruch über die controvertirte Ehesach, der am 28. Sept. 1615. an diesem Käyserlichen Cammer-Gericht ergangener Urtheil gemäß zu suchen seye, beybringen werden, hauptsächlich ergehen solle, was Recht ist. Dekher. *de Pac. Civ. Rel. dat. part.* 1. *cap.* 27. §. 40. conf. Burgold. *ad J. P. part.* 2. *disc.* 20. *n.* 13.

§. XX.

Nullumne igitur Principes & Status Aug. Conf. in hisce causis habebunt Judicem? Nullum sane, (neque enim Judicium Austregarum locum habere potest; cum ad id semper requiratur ut non solum persona immediate Imperio, sed & causa talis sit, quæ Jurisdictioni Cam. & Imperii immediate subsit, Meischn. *Decis. Cam. tom.* 2.

lib.2. fol. 55. n. 77. & per appellationem ad Cam. devolvi possit. *O.C. part. 2. tit. 6.*) nisi quem sponte elegerint, & in cujus judicium ipsi compromittere velint. Mev. *part. 2. decis. 365. per tot.* Reink. *de R.S. & E. lib. 3. cap. 1. & 10. §. 31. seqq.* Cujus rationem hanc tradit Furstener. *de jur. supremat. cap. 28. in fin.* quod personæ Principum sint liberæ, ideoque in iis quæ mere personalia sunt, qualis est matrimonii obligatio, non nisi conscientiæ internæ vinculo obstringi possint; Sed libertas hæc ex generali libera potestate & plenaria exemtione in Ecclesiasticis oritur; vi cujus nullis in controversiis ecclesiasticis Imperatoris aut Cam. Imp. judicium subire tenentur, nisi quatenus per Rec. Imp. Instrum. Pac. & alias Imp. Constitutiones, tanquam proprias conventiones, illud elegerunt; cum alias contra Furstenerii rationem speciosa sint, quæ regeri possent, sc. liberas dici personas Principum salvis Reipubl. German. LL. quibus se ut membra expresse vel tacite obstrinxerunt; mere personalia esse, quæ concernunt factum & jura Principum erga se, & personam propriam extranea obligatione non affectam, propter obligationem autem matrimonii jam contracti, personam Principis jam alii personæ affectam, non amplius in statu omnigenæ libertatis existere, negotium limites jurium personæ erga se ipsam excessisse. Ast cum nullis in causis ecclesiasticis regulariter fundata sit contra eos Jurisdictio summorum Judiciorum, & quoad personas suas nullibi in Constitut. Imp. Judicium Imperatoris & Cam. de novo iterum agnoverint, plenaria adhuc in matrimonialibus gaudebunt libertate; Hinc præter & contra LL. & Canones inire matrimonia possunt, uti sensit quoque Christianus Dux Megapol. Diar. Europ. *part 11. p. 524.* Et non alia ratio habenda in illorum quam in cæterorum Regum & Principum superiorem non recognoscentium matrimoniis haberi solet.

§. XXI.

Sed cum ipsi Pacificatores prævidérint Reipublicæ nostræ Germanicæ pessime consultum fore, si omnimoda hæc libertas ad quaslibet traheretur causas ecclesiasticas, ita enim futurum ut Imperii publica tranquillitas perpetuis obnoxia esset periculis, & deficiente Judice, ratione rerum vel jurium in iis quæ bona vel jura in alieno, litigio-

litigioso, vel communi territorio, concernunt, necessario bella & tumultus exoriri oportere; maxime cum de his quotidianæ occurrant controversiæ; hinc saluberrime ad præcavendum tale in perniciem Reipubl. nostræ versurum malum convenerunt, & supra dictam libertatem in eo limitarunt in *Instr. Pac. art.* 5. §. *ac proinde* 54. quod Status Imperii nostri in talibus casibus Judicium Cameræ Imperialis subire vellent, allectis ad controversias decidendas ex utraque Religione pari numero Assessoribus, qui omnibus in casibus ubi non inter solos Catholicos Status, nullo interveniente Aug. Conf. Principe, lis verteretur, judicarent, Catholici quippe soli inter se non alium quam Pontificem Romanum judicem in Ecclesiasticis agnoscunt supremum; Quando itaque inter duos Imp. Principes sive Status Aug. Conf. de Jure Episcopali, Jure ordinis, diœcesano, status & dignitatis, potestate confirmandi & removendi pastores, controversia occurrit, Augustissimum Tribunal Judicem fuisse, patet ex sententia prolata inter Marchionem B. & Ducem W. cujus admodum notabilis Sententiæ verba hic subjicere licebit: In Sachen Herrn F. Marggraffen zu B. Klägern eins, wider E. Hertzog zu W. Beklagten andern Theils, Mandati de non offendendo, sive de non turbando vero C. C. ist allem Fürbringen nach zu recht erkannt, daß Herr Kläger in puncto jetztberührten Mandati de non turbando in der Pfarr zu D. bey seiner herbrachten Possession vel quasi der Examination, Investitur, Visitation, Convocation ad Synodos, und der Vicarien Constitution allein, Herr Beklagter aber bey den übrigen Juribus, so dem Juri Episcopali vel Juri ordinis vel Juri diœcesano, vel Juri Status & dignitatis, anhängig seyn, auch in specie confirmationis & remotionis Pastorum, und deren Possession vel quasi, mit und neben den Herrn Klägern, zusamt der Beywohnung bey jedesmahls vorgehenden Investituren, respective zu manuteniren, zu schützen und zu handhaben seyn rc. dann ist beyden Theilen ihr Spruch und Forderung in petitorio an diesem Käyserl. Cammer-Gericht vorzubringen und auszuführen hierdurch unbenommen, sondern vorbehalten. Et quidem quod specialiter notandum hocce in casu non decreti Processus super constit. Pac. Relig. quia turbans & turbatus ejusdem erant Religionis, quo casu non dari remedium ex dicta Pace Religiosa unanimiter docent Camerum scriptores. conf. Roding. *Pand. Cam. lib.* 3. *tit.* 9. §. 4. *lit. a.* Schwanem. *Obs. Cam.* 145. *n.* 55.

§. XXII.

Ne autem post tot tantaque bella tandem acquisita Pax Religionis protinus in cruentum iterum degeneraret dissidium; inter eosdem Pacificatores quoque conventum; ut si contigeret diversarum religionum Principes & Status Imp. inter se collidi, unumque alterum intuitu religionis turbare, non illico ad arma, sed conventa Judicia, aulicum sc. & Imp. Cam. se provocare velle, vid. *R. I. de Anno* 1555. §. In solcher 13. *usque ad* §. 33. *R. I. noviss.* §. Wir setzen 193. & expresse *in R. I. de Anno* 1566. §. Und nachdem. 6. *ibi*: Wir wollen auch. Cameræ Imp. cognitio concessa; conf. C. O. C. *part.* 2. *tit.* 10. §. *ult.* Hinc est, quod immediatus itidem immediatum diversæ religionis turbantem intuitu religionis, coram dictis Judiciis conveniat; quæ tum contra reum decernunt Mandata de non turbando contra Pac. Relig. & Instr. Pac. i. e. ne turbet alterum contra propria conventa pacta, quatenus scil. non agit actor ad pœnam; alias si ad pœnam banni, pecuniariam, vel juris communis de vi publica agit, eatenus non decernitur Mandatum, sed Citatio saltem, stylo recepto in Cam. Imp. Quod si vero de non turbando alterum conveniat, quin verisimiliter saltem probata turbatione à Mandato inchoari possit, indubium est; quatenus autem pœnam solvere debet, citandus utique est ad videndum se incidisse & condemnari; Quod si autem hujus Constitutionis qualitas requisita, turbatio scil. intuitu religionis, non verificetur, petiti Processus super hac Constitut. denegantur, & pronunciatur: Wir gebetten, abgeschlagen; conf. Rod. *Pand. Cam. lib.* 1. *tit.* 6.

§. XXIII.

Utrum autem mediatus alterum mediatum turbans intuitu religionis coram Principe, sive ordinario suo, an statim immediate in Camera conveniri possit, valde inter se disputant DDres? Coram ordinario suo, nisi factum Pacis violatorium concurrat & ad pœnam panni agatur, eum conveniendum puto. diss. Tennagel. *de decern. processf. class.* 1. *cap.* 1. *n.* 2. *&* 9. & Blum. *in Proc. Cam. ad tit. de Constit. Pac. Relig.* Num autem & tali casu mediato conducat urgere pœnam banni, ipse videat, cum ex Ord. Cam. *pr. tit.* 1. constet mediatum nunquam posse evocari, nec jus animadvertendi Statui disputa-

ri,

ri, præsertim cum nec in crimine læsæ Majestatis jus cognoscendi Cæsari concedant, Lundorp. *tom.* 4. *Act. publ. p.* 72. Quod si immediatus à mediato turbetur, itidem coram ordinario suo conveniendus, nisi una cum superiore suo immediato ratihabente vel mandante conveniatur, hoc quippe casu ex continentia Jurisdictio Cam. etiam contra mediatum fundata erit; Illud autem notandum, semper locum habere Austregas, quoties iis gaudens conveniatur ad pœnam pecuniariam, non banni, Rod. *Pand. Cam. lib.* 1. *tit.* 6. *n.* 15. *&* 16. *ibique cit.*

§. XXIV.

Quod si subditi superiorem suum convenire velint, an eis Processus super Pace Religiosa decernendi sint? antiquitus dubitatum fuisse inter Assessores Cam. Imp. tradit Gylmann. *Symphor. tom.* 1. p. 165. tandem tamen obtinuisse, ipse *cit. tom. p.* 179. præjudiciis confirmat; Sed per sæpe alleg. Instr. Pac. & hæc dubitatio penitus sublata, & turbatis subditis, qui in possessione vel quasi exercitii Religionis ejusque annexorum, qualibet parte anni 1624. fuerunt, plenaria *restitutio sine omni exceptione* cauta, vid. *Instr. Pac. art.* 5. §. 31. *&* 32. conf. §. 54. Quanquam subditis non facile sint decernendi processus sine præviis literis informatoriis: Wann nicht vorhero um Bericht geschrieben; In dubio enim semper pro Magistratu militat præsumtio, quod recte & justa ratione motus, ac neutiquam injuriarum causa faciat, quæ facit; Gail. *lib.* 1. *obs.* 13. *n.* 4 *&* 5. Frider. Mindan. *de Process. cap.* 13. *n.* 3. licet, si narrata sint verisimilia & in continenti aliquomodo probentur, circumstantiis exigentibus, etiam sine literis informatoriis, Processus aliquando decerni posse, videatur per *R. I. de anno* 1654. §. Benebens sollen 105. *ibi:* nicht leichtlich zu erkennen. Quid si tamen subditi non satis exacte & verisimiliter ex O. C. *part.* 2. *tit.* 23. agant, Mandatum nequidem C. C. decernitur, sed denegantur Processus, ne præjudicium fiat privilegiatæ Austregarum instantiæ, Mindan. *de Process. d. cap.* 13. *n.* 5. Blum. in *Proc. Cam. tit.* 34. *n.* 79.

§. XXV.

Quando autem dicatur Princeps subditos turbare in religione, ut ipsum in summis Judiciis convenire possint, nolo nunc singulatim

per-

persequi; Illud certum est, non aliter Principem turbare, quam si contra Constitut. Imp. tanquam proprias conventiones subditos suos, qui anno 24. in quasi possessione exercitii religionis realiter fuerunt, gravet; Hinc non dubium posse quemlibet Principem secularem vel Dominum territorialem non obstante restrictione & limitatione addita Juri reformandi per Instr. Pac. unam ex tribus in Imperio approbatis religionibus in sua ditione introducere, & introductam pro lubitu iterum mutare, *d. Instr. Pac. art.* 7. *in pr.* Pacif. Relig. *de anno* 1555. §. Und damit solcher Friede, subditos tamen suos ad hanc novam religionem compellere nequit, si fuerint in possessione anno 24. *I. P. art.* 5. §. 31. quin potius tunc, uti in praeced. dictum, Mandata inhibitoria à Camera decernenda. *R. I. de anno* 1654. §. Wir setzen 193. Aliis qui dicto anno non habuerunt, libero emigrandi beneficio ex ejusdem Instr. Pac. dispositione competente *art.* 5. §. 36. quod ex parte subditorum meræ voluntatis esse, deduxit D. de Rhetz *diss. de Jure Stat. Imp. circa Sacra cap.* 4. *n.* 12. *& seqq.* Indirectam tamen hoc in casu coactionem adhiberi, subditosque cogi posse ad audiendas conciones ejus religionis, cui Princeps addictus est, negari vix poterit, modo nulla necessitas imponatur conscientiis, nec in excessum coactio declinet. D. de Rhetz. *alleg. diss.*

§. XXVI.

Num autem Principi vel Statui Imperii non obstantibus verbis dispositivis Pacific. Relig. In ihren hergebrachten Kirchen-Gebräuchen, Ordnungen und Ceremonien: & Instr. Pac. *art.* 5. §. 31. *una cum annexis*, licitum sit subditis v. c. Evangelicæ religioni addictis, qui in quasi possessione exercitii religionis cum annexis anno 24. fuerunt, obtrudere loco Calendarii Juliani veteris, novum Gregorianum ad hoc ut festos dies secundum ductum hujus celebrare debeant? aut, an subditi tali casu Principem convenire possint, de se non turbando contra Instrum. Pac.? Nota hac de re agitatur nunc controversia in Cam. Imp. inter Dn. modo Principem Ferdinandum de Schwartzenb. & oppidum ipsi subjectum dictum Marckbreith. Et sane instituere festos dies videtur esse in arbitrio Principis & inter partem superioritatis referendum esse, quidni ergo & mutare? Calendarii quoque hujus vel illius usus & introductio per se inter adiaphora, quæ non consistunt

ftunt in conceptu intellectus, ſed in arbitrio voluntatis, videtur recenſeri deberi. Aſt num non & hoc ſit turbare intuitu religionis, in hergebrachten Kirchen-Gebräuchen, liberoque exercitio religionis contra Inſtr. Pac. in præſenti caſu, ubi pacta, tot iteratæ promiſſiones & aliæ circumſtantiæ, interceſſiſſe allegantur, mihi non convenit definire, qui intempeſtive litem in ſupremo Tribunali indeciſam pendentem decidere nefas duco, vid poteſt *Conſil. Facult. Theolog. & Jurid. Tubing. in hac cauſa typis evulgatum*, cui tit. Abdruck eines Bedenckens, betreffend die von Sr. Hochfürſtl. Gnaden zu Schwartzenb. an dero Gemeinde zu Marckbreith in Francken gemachte Beobachtung der neuen Zeit rc. Eadem adhuc quoque agitatur controverſia inter Comitem von Leiningen-Weſterburg, & Civitatem Grünſtadt; Comes Inſpectorem ideo quod ſecundum juſſum ipſius Calendarii novi tempus in celebrandis feſtis obſervare noluerat, ab officio dimoverat, & aliquos civium in carcerem conjici curaverat, Civitas & Inſpector petierunt & obtinuerunt in Camera Mandatum de ſuſpenſionem ab officio caſſando, & de non turbando contra I. P. Menſe Aug. anno 1698.

§. XXVII.

Præter turbationem autem quæ intuitu Religionis fit, ratione ipſius territorii aliorumque bonorum, ipſæ religionis controverſiæ inter Principes & Status Imperii non pertinent ad imperialia Judicia. *R. J. de Anno* 1555. §. Und damit ſolcher 15. *ibi*: ſoll die ſtreitige Religion nicht anders, dann durch Chriſtliche freundliche, friedliche Mittel und Wege zu einhelligem Chriſtlichen Verſtande und Vergleichung gebracht werden. Unde acriter ſuperiori ſeculo diſputatum fuit: cui in hiſce cauſis competat jus cognoſcendi, & quænam ſint cauſæ religionis & fidei; Pontificii eam poteſtatem Cameræ Imp. competere aſſerebant. Hortleder von Urſachen des teutſchen Kriegs. *lib.* 7. *cap.* 19. Proteſtantes contra omnes eas pro cauſis religionis & fidei habendas exiſtimabant, ad quas decidendas hæc præjudicialis quæſtio prius determinanda requireretur, an ſcil. Proteſtantium religio eſſet vera religio? Cumque inter ſe convenire non poſſent, Proteſtantibus placuit ſententia ſuadens recuſationem Cameræ, unde evulgarunt ſcriptum adverſus ſententiam banni, latam contra civitatem Minden, ob

litem cum suæ urbis Ecclesiasticis, in quo deduxerunt, Camerales quietis impatientes juste esse recusatos, ac rogaverunt simul Principes & Status Aug. Conf. ut eam sententiam pro injusta haberent: Burgold. *ad Instr. Pac. part.* 2. *diss.* 20. §. 18. In Instr. Pac. art. 5. §. 52. iterum cautum est, quod in hisce & similibus controversiis, sola amicabilis compositio lites dirimere debeat, non attenta votorum pluralitate.

§. XXVIII.

Unde autem illud oriatur, quod Cam. Imp. cognoscat de hæreticis eorumque hospitatoribus, quæ tamen maxime videtur esse causa fidei & religionis, nunc breviter dicendum: Nota est Constit. Imp. de Anabaptistis, quos gladio, ferro, & igne exterminandos præcepit *R. I. de Anno* 1529. §. Nachdem auch. *R. I. de Anno* 1551. §. Hierauf haben wir. Sed intelligendam & restringendam eam puto, ad hæreticos seditiosos & rebelles, (quales ex principiis suis sunt Anabaptistæ,) quique publice scandalum præbent & ordinem conturbant, hinc passim mentio fit in *d. Constit.* der Friedbrecher, Land-Lauffer und auffrühriger Auffwickler des berührten Lasters ꝛc. Ut hinc non videatur Cam. cognoscere de hæreticis qua talibus, i. e. an eorum religio & fides sit orthodoxa & verbo Dei conveniens? Sed solum an prohibita? & an dissentiant à tribus sectis in Imperio approbatis? ac quatenus turbas excitant, uti patet *ex supr. cit. R. I. de Anno* 1529. *d.* §. ibi: um Fried und Einigkeit im Heiligen Reich zu erhalten. Hinc Senatus Imp. Cameræ *Anno* 1671. *die* 31. *Octobr.* contra sectarios locique in quo vivebant superiores decrevit: *Citationem ad videndum se incidisse, & condemnari in pœnam privationis & respective banni, una cum Mandato de non contraveniendo LL. & Constit. Imp. sectarios non hospitando, sed exterminando & relegando, S. C. Johann. de la Badie, Petrum Juonem, Henricum & Petrum Sluteros & Consort.* Deckherr. *Consult. Forens. lib.* 1. *cap.* 56. Alias si quiete vivant hæretici alii, nec seditionibus aut turbis publice docendo ansam præbeant, pœnas *dict. Constit.* non habere locum, existimo. Et sane cum hæreticus maxime talis; seditiosus tamen non præsumatur, donec contrarium evidentissime probetur, non tam facile permittendum bona alicujus sub prætextu hæreseos invadere, multo minus propter solum dissensum & errorem eos tam graviter

ter punire; hoc enim & inhumanum & crudele est; add. D. Thomas. *de Jur. Princip. circ. hæret.* quin tamen juberi possint exire & provinciam deserere, non dubito. Quamvis & Principis potestas non videatur per Instr. Pac. *art.* 7. §. 2. usque adeo restricta esse, quin quiete viventes, & publice religionem suam nec profitentes, nec hæresin disseminantes, tolerare possit.

§. XXIX.

Sed maxima in eo controversia est, quis pro hæretico habendus? cum quilibet dicat se orthodoxam & veram profiteri religionem; In *l. quicunque* 8. *C. de hæret.* is habetur hæreticus, qui non credit id, quod *trecenti octo & decem sancti Patres in Concilio Niceno verum esse tradiderunt*; Mihi videtur distinguendum inter Theologice & Juridice talem; priorem Theologis dijudicandum relinquo. Juridice ex supra dictis definio hæreticum, qui fovet Religionem Christianam quidem, à Principe tamen in provincia prohibitam, licet veram & orthodoxam foveat religionem; Hinc prout de J. Civ. in *l.* 2. *&* 8. *C. de hær.* cognitio causarum hæreticalium, seu potestas hæretificandi, ad Judices seculares pertinuit; Sic & hodie eadem potestas Principi, ejusque Regimini seculari, non ecclesiastico competit; Quanquam semper quoad pœnæ inflictionem merito observandum, quod dixit Constant. M. ut summæ est clementiæ eorum vicem dolore, sic hominibus, cum mente capti sint, pœnas infligere extremæ est dementiæ & inscitiæ, uti refert Zepper. *lib.* 4. *Legum Moscaic. forens. ex* Euseb. *de Vita Constant. lib.* 1. *cap.* 38.

§. XXX.

Ast ne longius hic excurram, missis causis simplicis querelæ alterum modum devolvendi regulariter causas ad Judicium Cam. Imp. per viam scil. provocationis in causis ecclesiasticis plane non habere locum, breviter monstrabo. Nolo hic multis repetere ea, quæ de independentia Principum Aug. Conf. in causis ecclesiasticis supra dicta sunt. Ex Jur. Can. demonstrabo, Judices ecclesiasticos in hisce causis, tam in petitorio quam possessorio judicasse. Et ab iis ad secula-

res nullo modo provocari potuisse. Id quod igitur illis justum fuit, id Principibus nullo modo denegari poterit per supra deducta.

§. XXXI.

Antequam autem ipsam rem aggrediar, istud prius & hic videndum, quænam causæ sint ecclesiasticæ; nam frustra disputamus, si causæ ignorentur, de quibus lites coram ecclesiastico Judicio ventilandæ. Non solum igitur ad causas ecclesiasticas, quoad effectum non fundatæ Jurisdictionis Cameralis refero illas, quæ ex Jure divino decidendæ, nec solum illas, unde de personis aut rebus spiritualibus, qua talibus, oriuntur controversiæ, sed omnes in genere, uti supra dictum, de quibus judicavit Pontifex Romanus & Episcopi; sive sint spirituales, ut v. c. ipsum officium seu obligatio, qua quis tenetur sacram obire functionem: Andr. Vallens. *Paratit. J. Can. lib.* 3. *tit.* 5. item jus percipiendi fructus ex bonis ecclesiasticis, quod proprie beneficium dicitur & spirituale est, quia oritur ex spirituali officio tanquam causa sine qua non, eique inseparabiliter est connexum; sive spiritualitati annexæ, v. c. Jus patronatus inter Laicos; sive mixti fori, ubi delictum & quæstio præjudicialis ecclesiastica concurrunt, hac servata semper distinctione, quod de spiritualibus eisque annexis Judex ecclesiasticus privative cognoscat, in mixti fori vero præventioni locus sit. Felician. de Oliv. *de For. eccles. part.* 1. *qu.* 8. *n.* 63.

§. XXXII.

Bona autem ecclesiastica in specie voco ea, quæ alendis Ministris, pauperibus, splendidiori Rei Religiosæ conservationi, cæterisque Ecclesiarum emolumentis dedicata sunt, æstimanda & dijudicanda, secundum Transactionis Passav. & Instrum. Pac. leges, quatenus scil factum eo qualificatum, sin minus juxta proprias, fundationum, vel alias LL. à Principe latas, iisque deficientibus secundum Jura communia; Comprehenduntur autem sub hisce bonis non solum immobilia, sed & mobilia, reditus temporales & perpetui, nomina, jura & actiones; Conf. Deckherr. *de Pac. Civ. Rel. dat. part.* 1. *cap.* 27. uti & Commendæ ac præbendæ. Et quamvis de his dubitatum olim valde fuisse trad. Gylm. *Symphor. Tom.* 1. *p.* 194. per Instr. Pac.

tamen

Digitized by Google

tamen expresse inter bona ecclesiastica recensitæ, *art.* 5. §. *bona ecclesiastica.* 14. & §. *quæcunque* 24. Blum. *in Process. Cam. tit.* 28. *n.* 16. Conf. Præsid. *Disput. de alienat. bonor. ecclesiast.*

§. XXXIII.

Quænam autem personæ pro Ecclesiasticis habendæ sint, brevissimis quoque præmittendum; Ecclesiasticos esse puto non solum illos, qui actu omnes functiones sacras in Ecclesia peragendas obire solent, sed universos Clericos sive regulares, sive irregulares. Hinc non solum Commendatores, quia regulæ adstricti, Reink. *de Reg. sec. & eccles. lib.* 1. *class.* 2. *cap.* 3. *n.* 39. sed & Canonici Aug. Conf. talibus accensendi. Unde fruuntur jure Clericorum, bonis jure beneficiorum ecclesiasticorum utuntur, adeoque nec successio obtinet. Juraque eorum ex principiis Juris ecclesiastici decidenda. D. Coccej. *Inst. Jur. Publ. cap.* 18. *n.* 48. Lampad. *de Republ. Rom. German. part.* 3. *cap.* 11. §. 47. vid. Dedekenn. *in Append. ad loc. de Minister. sect.* 2. Von den Thumherrn, *n.* 3. *& seqq.*

§. XXXIV.

Cum itaque sicuti de aliis, ita & de rebus & bonis spiritualibus Ecclesiasticis, tam inter personas ecclesiasticas, quam inter has & Laicos, vel inter duos Laicos tantum, sæpissime controversiæ oriantur, videndum quis judicare debeat? & an provocare licitum? prius autem de petitorio, postea de possessorio distinctim agam. In petitorio, seu quando quæritur principaliter de jure quod actor prætendit, in re spirituali eique annexa, Judicem secularem plane judicare non posse, tradunt ipsi Cameralium rerum Scriptores. Mynf. C. 1. *obs.* 100. Gail. *lib.* 1. *obs.* 38. add. *C. pervenit X. de decimis.* Si igitur quæstio occurrat de jure v. c. in electionibus, postulationibus, provisionibus, personatibus, officiis, dignitatibus, Canonicatibus, præbendis, similibusque clem. *dispendiosam x. de judic.* judex secularis de Jure Can. plane incapax est; adeo ut licet reconventionis favor alias maximus sit, nec fori privilegio impediri possit per *l.* 14. *de sent. & interloc.* Clericus tamen reconveniri non possit, nisi actio magis rem quam personam afficiat. Sic enim reconveniri potest de bonis propriis & patrimonialibus, licet agat interdicto retinendæ & Laicus

proponeret Judicium proprietatis, uti tradit Joh. Mar. Novarius *prax. Elect. & Variat. fori sect.* 3. *qu.* 48 *n.* 212. Si tamen de causa spirituali vel ei annexa reconveniatur, declinare forum poterit, quia non potest reconveniri de re vel causa super qua judex cognoscere non potest. Petr. Fransc. de Tondut. *tract. de prævent judicial. part.* 2. *cap.* 22. Et hoc procedit, etiamsi Laicus Laicum v.c. de jure patronatus convenire velit, quia spirituali annexum sequitur naturam spiritualitatis. Gail. *lib.* 1. *obs.* 28. *n.* 6. Hinc in talibus controversiis frustra quæritur an ad Cam. Imp. provocari possit; cum ei tanquam judicio seculari secundum Canonum statuta obstet notoria incapacitas & incompetentia, unde nec tales appellationes in Cam. unquam recipiuntur. Gail. *supr. cit. l.*

§. XXXV.

Hinc quoque in causis matrimonialibus, quando de jure quæstio est; v.c. an matrimonium hoc vel illud subsistat, vel an dissolvendum, Judex secularis nunquam cognoscere poterit, idque sive principaliter quæratur de validitate, sive incidenter alia præjudicialis quæstio obveniat ratione substantialium; sed causa cum omnibus incidentibus quæstionibus per Decretum an gehörige Orthe remittitur ad Judicem Ecclesiasticum competentem. Roding. *Pand. Cam. lib.* 1. *tit.* 31. *n.* 4. §. 5. Autor. *præjud. Cam. voc. Præjudicium.* Reink. *de Reg. sec. & eccles. lib.* 3. *class.* 1. *cap.* 10. *n.* 25. Sic anno 1651. die 28. Sept. in magna causa incidens punctus legitimitatis ad Judicem competentem Ecclesiasticum remissus per Sententiam: Wollen und mögen vorermeldete Kläger an gebührenden Orten, der von der beklagten Partheyen in Actis angezogenen Exception sich, wie recht, entschütten. rc. wie dann dieser Punct dahin verwiesen, und die Hauptsach bis zu Erörterung desselben an diesem Käyserl. Cammer-Gericht eingestellt, add. Reink. *cit. l.* Unde expresse in Memor. Visit. de anno 1570. statutum: Daß Ehe-Sachen und andere ans Cammer-Gericht nicht gehörige, keineswegs sollen angenommen werden; Denais. *de Jure Cam. tit. Matrimoniales causa.* 187. Autor. *præjud. Cam. voc. Matrim.* Itaque & frustra hisce in causis hodie provocatur ad summa Judicia Imperialia.

§. XXXVI.

Digitized by Google

§. XXXVI.

Ad quem vero provocabunt Principis Aug. Conf. subditi Catholicæ Religioni addicti in causis matrimonialibus? Ad Principem, quippe cujus potestas quoad subditos Catholicos neutiquam limitata; sed absoluta in omnes in territorio suo viventes, per I. P. *art.* 5. §. 48. Compositores Pac. Dilligenses *cap. 6. qu.* 46. dubium reddere conati, ex eo quod Pax Religiosa non nisi fidei & religionis causas complectatur, adeoque in iis, quæ non immediate fidem & religionem concernunt, Jus integrum mansisse Episcopis in terris Evangelicorum per Pacif. Rel. §. Damit auch verb. Aber in andern Sachen und Fällen der Augspurgischen Confessions-Verwandten Kirchen-Ordnungen, Ceremonien ꝛc. nicht anlangend, soll und mag ꝛc. Sed satisfecit his Carpzov. *Jurisprud. Consist. lib.* 1. *tit.* 1. *def.* 7. *per tot. & lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 1. Per Instr. Pac. quoque hoc dubium sublatum; suspensa quippe & translata Jurisdictione cum omnibus suis speciebus, matrimoniales causæ tanquam pars quædam primaria Jurisdictionis Pontificiæ, procul dubio non poterunt dici exclusæ, maxime cum in d. Instr. Pac. Episcopis nullum sit relictum exercitium, nisi ad consequendos reditus, pensiones &c. ubi anno 24. in possessione percipiendi vel quasi notorie fuerunt: Quod si igitur contingat statum Aug. Confess. in cognitione causarum matrimonialium ab officiali aliquo Pontificio turbari, Mandata & Processus in Cam. impetrare potest; Prout factum in causa Dortmund contra Officialem zu Cöllen, die 16. *Sept.* 1589. Gylm. *Symph. tom.* 1. *part.* 1. *tit.* 3. add. Harprecht. *Consil. Tubing. Vol.* 1. *Cons.* 12. *n.* 100. *& seqq. ibique alleg.* Textor. *Diss. de Jur. Episcopal. in terris Stat. protestant. th.* 66. E contra Principes Aug. Conf. contra Canonum jura dispensare monstrat exemplum Gloriosissimi Electoris Brandenburgici Friderici Wilhelmi Magni, qui Decano & Clerico Mindensi Sch. quamvis Catholicæ Religioni addicto, concessit uxorem ducere, illumque non obstante contradictione Romanæ ecclesiæ, in possessione officii & beneficii manutenuit, memorabili exemplo.

§. XXXVII.

Sed cum de petitorio rerum spiritualium ecclesiasticarum non adeo

adeo gravis controversia sit, nolo ei ulterius immorari; De possessorio autem & quæstionibus facti in causis Ecclesiasticis acriter contenditur, cui judicandi competat potestas; distincte hac in re processurus paucis repetam ea generaliter, quæ Canonistæ de possessorio rei spiritualis seu ecclesiasticæ tradunt; Receptam ab omnibus Legistis & Canonistis sententiam docet Felic. de Oliva *tract. de for. ecclesiæ part.* 1 *qu.* 8. *n.* 56. *& ab eo citat.* Judicem secularem *non posse* cognoscere, nequidem inter Laicos de causa possessoria rei vel Juris spiritualis, quoties mixtam habuerit causam proprietatis, vel de titulo seu jure spirituali aliquo modo summarie tantum cognoscendum; Unde patet causam possessoriam adipiscendæ v. g. præbendæ, beneficii &c. vel alterius Juris spiritualis inter Laicos, etiam coram seculari tractari *non posse.* Menoch. *Remed. recup. remed.* 15. *n.* 296. dicit, neminem de eo dubitare. Cravett. *Conf.* 104. *n.* 17. In hujusmodi enim judiciis possessoriis ea demum possessio, quæ justa esse docetur, ad victoriam prodest; ne alioquin contra Canones absque institutione possideatur beneficium, & homines inexplorati ad munera ecclesiastica, cum gravi ecclesiæ incommodo ac dedecore prosiliant. *C.* 1. *de reg. jur. in* 6. Duaren. *de S. Eccles. Minister. lib* 7. *cap.* 11. De quacunque ergo re Judex secularis propter incapacitatem secundum Canonum sancita judicare non potuit in prima instantia, de illa neque poterit judicare in secunda, sicque nec hodie in tali possessorio admitti debet appellatio ad Cam. Imp. tanquam Judicium seculare.

§. XXXVIII.

In possessorio retinendæ major videtur versari difficultas, coram quo Judice intentari debeat. Et quamvis tit C. *ubi de possess.* videatur exigere, reum semper conveniendum esse, vel coram Judice ubi turbatur actor, vel coram illo ubi res sita; itemque *l. fin. C. ubi in rem act.* sine ulla distinctione actorem forum rei sequi debere jubeat: Hoc tamen in rebus spiritualibus & ecclesiasticis non ubique procedit.

§. XXXIX.

Non autem hic loquimur de casibus istis, ubi factum qualificatum * Pac. Relig. & Instrum. Pac. contrarium, adest; tum enim quin

quin cæteris paribus ad ſumma Judicia cauſa devolvi poſſit, non dubitandum. Remoto igitur hoc reſpectu, ſi perſona eccleſiaſtica aliam itidem eccleſiaſticam in poſſeſſorio retinendæ conveniat, Judicem ſecularem plane incompetentem eſſe, tradunt Felic. de Oliva *de Jur. Eccleſ. part.* 1. *qu.* 8. *n.* 56. Ludov. Engel. *ad Decretal. lib.* 2. *tit.* 2. *n.*70. Certe nihil obſtat, quo minus poſſit Eccleſiaſticus eſſe Judex, tum ob qualitatem perſonarum, tum ob concurrens delictum & qualitatem ipſius rei; licet enim poſſeſſorium videatur quid temporale, vertitur tamen inter tales perſonas, contra quas alias Juriſdictio Judicis ſecularis prorogari nequit. *C. ſi diligenti* §. *fin. x. de judic.* Et textus expreſſus in *C. cauſam* 18. *x. de reſcript.* quod ſuper poſſeſſionibus Eccleſiæ Eccleſiaſticus judicet, evincit.

§. XL.

Quod ſi Clericus ſive perſona eccleſiaſtica vices rei geſſerit, eundem regulariter in omni poſſeſſorio coram Eccleſiaſtico conveniri debere, tradit ipſe Gail. *lib.* 1. *obſ.* 38. *n.* 5. quamvis ſi de re Clerici, quam propriam & patrimonialem dicit, quæſtio ſit, coram rei ſitæ Judice conveniri poſſe, expeditum videatur, *per tit. C. ſupr. cit. ubi de poſſeſſ.* cum etiam in petitorio tali caſu ibi forum ſortiatur, *per l. f. C. ubi in rem act.* In rebus autem eccleſiaſticis alia & diverſa eſt ratio, cum res ipſa in Judicium ſeculare ob ſui naturam deduci nequeat, *arg. C. tua C. pervenit, x. de decim.* Gail. *lib.* 1. *obſ.* 38. *n.* 1. nec Judex ſecularis Clericum bonis ac poſſeſſione eorum privare poſſit; Poſth. *Deciſ. Rot. Rom. deciſ. ii.* 196. *n.* 20. *ibique cit.* hinc nec res ſita Jurisdictionem fundare poterit.

§. XLI.

Sed quid dicendum, ſi inter eccleſiaſticam perſonam & Laicum controverſia occurrat, uter poſſideat jus aliquod, vel rem ſpiritualem, vel ſpirituali annexam, v. c. beneficium, præbendam, Jus patronatus, & Laicus reus ſit? Hoc caſu videri poteſt dicendum, coram ſeculari eum conveniri debere, cum ſolum videatur quæſtionem eſſe de facto nudo, uter ſcil. poſſideat? Sed & hic puto, coram Eccleſiaſtico Laicum conveniri debere, quia hujusmodi poſſeſſorium

ex necessitate admixtam habet causam proprietatis, *arg. l. 2. §. quadam. 2 ff. de interd. & extraord. act.* cum intentetur super his, quæ à Laico aut omnino non, aut non nisi ex gratia superioris possideri possunt, & sic juris resistentiam & præsumtionem contra se habet. Franc. Nigr. Cyriaci. *Controver. forens.* 178. *n.* 33. Neque temporale dici potest, quod maximam partem admistam habet cognitionem Juris spiritualis. *add. C. tuam x. de ord. cogn. C.* 2. *x. qui filii sint legit.* Imo ex *C. si Clericus x. de for. compet.* manifestum est, consuetudinem obtinuisse quod Clericus non tantum de rebus ecclesiæ, sed & propriis Laicum ad suum Judicem trahere potuerit; Neque hoc novum est, cum ipsi Assessores Cam. quondam hanc foverint sententiam, Laicum ad Judicem ecclesiasticum vocari posse, modo agatur *occasione* rei ecclesiasticæ, Autor. *præjudic. Cam.* sub voc. *brachium seculare* ita disserit: *Cum autem causa talis sit, ratione cujus Laicus ad Judicem ecclesiasticum vocari potest, quia agitur de rebus ecclesiæ, quæ non negantur ecclesiæ esse, certæ Officialis reum jure citare potest, per cap. si Clericus Laicum x. de for. compet. qualitercunque agatur de re, vel pro re ecclesiæ, vel ipsius Clerici, & hoc propter qualitatem rei, quia res, cujus occasione agitur, est ecclesiastica.*

§. XLII.

Idem igitur dicendum si inter duos Laicos controversia sit in possessorio rei seu juris spiritualis vel ei annexi, v. c. Juris patronatus; cum sancti Patres in Concil. Tridentino non sufficere existimarint, docere de quasi possessione juris præsentandi, sed tam in petitorio quam possessorio probationem tituli exigant, ad effectum manutentionis, vid. Posth. *tract. de Manutenend. in Decis. Rot. decis.* 258. *n.* 21. *& seqq. ibique alleg.* neque alius regulariter videtur competens Judex manutentionis, quam principalis negotii, cit. Posth. *de Manuten. obs.* 6. *n.* 1. eo magis cum & ex Jure Civ. manifestum sit, causam possessionis & proprietatis apud unum eundemque Judicem cognosci debere. *l. nulli* 10. *C. de Judic.* Sane quicquid sit, Judicem ecclesiasticum incompetentem dicere non possumus. Et si quoque cum Dd. comm. admitterem, Judicem secularem hic etiam cognoscere posse, quod tamen contra Canones foret, sufficit mihi in præsens demonstrare, Pontificem durante ejus Hierarchia de hac causa

tanquam

tanquam ecclesiastica cognovisse, de quo testatur Posth. *d. tract. obs. 6. n. 17.* ubi ex *Rot. recent.* refert, multos quidem Ddres statuisse, causas possessorias rei spiritualis vel quasi, per Judices seculares cognosci posse, Romanam tamen Curiam eam sententiam tanquam periculosam semper respuisse, & contrarium decidisse. Et hoc quoque inter duos Laicos locum habere tradit *cit. obs. n.* 18. Unde quoad nostrum propositum sequitur, à Principe Aug. Conf. Jure Episcopali in tali causa pronunciante ad Cameram appellari non posse.

§. XLIII.

De emphyteusi seu alio dominio utili rei ecclesiasticæ inter duos Laicos, controverso in possessorio, quis Judex sit dubitatur? Et quamvis multi existiment, per hoc quod res Laico in emphyteusin concessa sit, exuisse eam naturam rei ecclesiasticæ, & in humanum translatam esse commercium, à Laico præscribi & possideri, non secus ac alias res posse, ideoque Judicem secularem cognoscere; Christin. *Decis. Belg. vol.* 1. *decis.* 205. Attamen verius videtur secundum hypothesin Juris Canonici, ecclesiasticum cognoscere posse: cum dominium utile vere & proprie ejus sit naturæ, ut directum semper sequatur sicuti incrementum alluvionis & Insulæ; Oldrad. *Cons. 440. n. 7. vers. & ideo recte.* Et cum subjectum bonorum verè & materialiter sit ecclesiasticum, non potest actualiter à directo separari, hinc nec indirecte subjici Jurisdictioni laicali; *C. quando. C. ceterum x. de judic.* licet quoque possessio sit mere temporalis & laicalis, tamen qualitatem spiritualitatis absorbere qualitatem temporalitatis, eamque ad se trahere tradunt, Posth. *Decis. Rot. Rom. decis. 535. n. 7. ibique cit. Ddres.* Cravett. *Cons.* 158. *n.* 8. ac in possessorio quoque maximum verti præjudicium Ecclesiæ, cui expediat magis habere hunc emphyteutam quam alium; Posth. *supr. cit. l. n.* 16. nullus autem Laicus de rebus ecclesiæ disponere poterit, multo minus in præjudicium ejus in talibus aliquid attentare, etiamsi Imperator esset. *C. si Imperator dist.* 96. Emphyteusis autem, ut & feudum, quamvis Laicis concessum, inter possessiones ecclesiasticas referri patet ex *C. 12. x. de reb. eccles. alien. vel non*; Quanquam & hic de

 facto

facto seu violentia commissa secularem cognoscere posse, verum videatur.

§. XLIV.

Sin vero quæstio sit de possessorio recuperandæ rerum ecclesiasticarum inter Clericum actorem & Laicum reum, quis cognoscere debeat? Barbos. *ad C. 2. x. de privil.* secularem cognoscere posse, dicit; Et sane quin possit de violentia cognoscere, negari nequit; sed cum causa hæc possessoria mixti fori sit, Judex ecclesiasticus contra Laicum spoliantem procedere potest, per text. *in C. cum sit generale x. de for. compet.* spoliator enim vim faciens in rebus ecclesiasticis & spiritualibus, sacrilegium committit, atque in favorem ecclesiæ receptum, ut talis pro sacrilego habeatur. *C. nulli* 3. *C. prædia* 5. *& C.* 12. *qu.* 1. Vis autem personis & rebus ecclesiasticis illata mixti fori est, Rol. a Valle *Vol.* 2. *conf.* 24. *n.* 2. Brunnemann. *ad l.* 10. *C. de Episc. & Cler.* Ludov. Engel. *ad Decretal. lib.* 2. *tit.* 2. §. 2. *n.* 70. Hinc etsi reus neget spolium, causam tamen non esse remittendam ad Judicem secularem, sed ecclesiasticum cognoscere, an fuerit commissum nec ne, cum ex detentione rei ecclesiasticæ præsumatur sacrilegium vel quasi, unde agentem, saltem summarie de hac qualitate Jurisdictionem tribuente, docere debere, tradit Sperell. *Decis. fori eccles. decis.* 144. *n.* 25. Et fori selectionem habere personam ecclesiasticam pro bonis ecclesiæ probat Novar. *Prax. Elect. & Variat. fori dec.* 17. 18. & 19. *ibique cit.* Cum igitur cognitionalis Jurisdictio ecclesiastica quoque fundata sit, poterit prævenire secularem; Gollius *diss. de Jurisd. prævent. th.* 11. Barbos. *ad C.* 2. *x. de priv.* Gonzal. Tellez. *ad C. cum sit generale x. de for. compet.* Oliv. *de foro eccles. part.* 1. *qu.* 8. *n.* 63. Quod si autem persona ecclesiastica una alteram v. c. Canonicus Canonicum sua præbenda spoliaverit, Judex secularis incompetens plane est, Oliv. *supr. cit. l. n.* 64. cum nec personæ nec rei qualitas fundet ejus Jurisdictionem.

§. XLV.

Quid si factum solummodo in controversiam veniat, & nullum præjudicium ecclesiæ subsit, v. c. si dubitetur inter aliquos utrum actu contractum fuerit matrimonium, utrum desponsata nec ne, vel

si agatur contra tertium raptorem, vel detentorem uxoris alienæ, quis ibi sit Judex? Nolo quidem nunc simpliciter sequi sententiam, existimantium Judicem secularem in simplicis facti quæstione in matrimonialibus aliisque spiritualibus plane cognoscere non posse, quanquam *C. si Judex laicus x. de sent. excomm. in 6.* aperte satis pro hac sententia militare videatur. vid. *cit. à* Tondut *tract. de Prævent. judic. part. 2. cap. 22. n.* 10. Posth. *decis. Rot. Rom. decis.* 535. *n.* 11. ibique cit. statuunt, possessorium matrimonii, quamvis inter mere Laicos agatur, cum habeat admixtam causam & titulum spiritualitatis, definiendum esse à Judice ecclesiastico. Sane ob spiritualitatem concurrentem in hoc negotio, Judex quoque ecclesiasticus maxime competens erit, cum secularis Jurisdictioni & hoc obstet, quod decidendo quæstiones has negative, pronunciet contra matrimonium, quod ipsi Canones non permittunt; igitur ad minimum præventionem in possessorio hoc spirituali, cum mixti fori sit, locum habere, docent Covarruv. *de sponsal. part. 2. cap. 7. n.* 1. Tondut. *part. 2. cap.* 23. *n.* 13. præventio enim locum habet tam inter plures Ecclesiasticos inter se, quam inter Ecclesiast. & seculares in mixti fori Judiciis, non quidem in præjudicium fori ecclesiastici & contra Clericos, sed tantum contra Laicos, Tondut. *cit. tract. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 8. Unde ad excludendam provocationem fideles Principis Consiliarii recte faciunt, si omnes similes causas prætensi mixti fori ad judicium ecclesiasticum remittant, & sic Jurisdictionem consistorialem magis ampliare quam restringere nitantur.

§. XLVI.

Per indirectum aliquando causas matrimoniales aliasque spirituales ad Judicem secularem, & sic quoque ad Cam. Imp. devolvi posse, tradunt communiter Scriptores Juris Cam. Per invocationem scil. brachii secularis, si pars victa contumax, sententiæ Ecclesiastici parere recuset, & ejus censuras flocci pendat; vid. Aut. *præjud. Cam. voc. Matrimonium, it. voc. Executoriales; conf. text. in c.* 1. *de off. jud. ord.* tum enim cum in Camera per Mandata executorialia procedatur, propter annexam citationem ad docendum de paritione, admittendas ibidem exceptiones omnes, quæ contra invocationem & Mandata opponi possunt, v. c. litispendentiæ & nullitatis, ut sic super

 illis

illis per indirectum cognoscat, cum sententia nulla non mereatur executionem; *l. si feriatis 6. ff. de feriis, l.* 4. §. 6. *ff. de re jud.* Cum autem de meritis causæ cognoscere nequeat executor, *l. si ut proponit* 6. *l. executorem* 8. *C. de execut. rei jud.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 113. *n.* 8. executio ad Jurisdictionem proprie non pertineat, hanc vero nudus executor non habeat, sed una Jurisdictio per alteram adjuvanda sit, per requisitionem vero una alteri non subjiciatur; (Remediis enim externis destituta ecclesiastica potestas id facere necessum habuit.) Ideo prædicta opinio subsistere non potest, multo minus illa, quæ de implorando alio Magistratu allata sunt, ad Principes Aug. Conf. applicari possunt, cum voluntatis saltem sit requisitio, ipsique potestati seculari instructi parata habeant remedia, cogendi refractarios, & sententias latas exequendi. Et si casus existeret, ubi propter deficientem externam requisitam potestatem alium secularem seu Cameram invocare necessum haberent, per hoc tamen summæ eorum libertati circa sacra nihil derogaretur, & si Judex executionis de nullitate sententiæ cognosceret, fieret hoc voluntate eorum magis, quam eo ipso impertiri tenentur, dum executionem desiderant, quam requisiti Judicis propria Jurisdictione.

§. XLVII.

Quando Judex ecclesiasticus in causa matrimoniali ad exceptionem incompetentiæ fori se competentem pronunciat, an super hoc puncto competentiæ appellari ad secularem poterit? Aut. *præjud. Cam. sub voc. Matrimonium* adducit præjudicium, Processus decretos anno 1592. ubi actrix in causa matrimoniali convenit Reum coram Consistorio Marpurgensi, hic declinavit forum, sed exceptionibus non obstantibus competentem se Judex pronunciavit; Decisio quæstionis dependere videtur ab illa, quam supra tetigi: Quis cognoscere debeat de dubio Jurisdictionis inter ecclesiasticum & secularem: Unde cum in *C. si Judex laicus x. de sent. excomm. in* 6. generaliter tradatur, quod Ecclesiasticus judicare debeat, quoties quæritur an sit res ecclesiastica, seu in casu cap. an quis sit Clericus, & per consequens an res coram ecclesiastico Judicio tractanda; quanto magis igitur, si constet causam principalem esse matrimonialem, Judex ecclesi-

ecclesiasticus ejusque superior judicabunt; cum enim à definitiva causæ matrimonialis ad secularem appellari nequeat, neque ab interlocutoria admittendum erit. *per reg. vulg.* ecclesiasticus enim uti superior & independens *per supr. ded.* in principali causa, in dependentibus, connexis, & accessoriis supra se non agnoscit inferiorem & secularem Judicem.

§. XLVIII.

Illud vero tralatitium dicunt, Cam. Imp. Judicem esse, quando inter personas Camerales controversiæ matrimoniales agitantur. Reink. *de Reg. sec. & eccles. lib. 3. class. 1. cap.* 10. *n.* 28. *in fin.* Et hoc quoad Aug. Confess. addictos procedere quidem posset, cum alium superiorem non habeant, in Romano-Catholicorum matrimoniis vero Pontifex Rom. tanquam superior judicare eos non permittet.

§. XLIX.

Ex hisce ita prædeductis satis manifestum est, quæ sint causæ ecclesiasticæ secundum hypothesin Jur. Canon. quæque usu & consuetudine tanquam ecclesiasticæ ab Episcopis & Pontifice dijudicatæ fuerint. Durante autem Hierarchia hac Papali causæ istæ ecclesiasticæ, qualescunque coram ecclesiastico Judice ventilatæ, neque ad secularem unquam devolvi, *C. 2. x. de judic.* neque Imperiali judicio Jura ecclesiastica dissolvi potuerunt; *C. certum. C. Imperium dist.* 10. Appellatio enim omnis interponi debet ad superiorem, qui habet gradum cum eo, à quo appellamus, inter ecclesiasticum autem & Laicum regulariter non sunt gradus; & quisque eorum habet separatam & diversam Jurisdictionem, neque alter alterius Jurisdictionem perturbare debet, *C. 13. x. de judic.* & cum secundum Canones Jurisdictio ecclesiastica antecellat secularem, *C. solicitæ 6. x. de Major. & obed.* provocatio ab ecclesiastico ad secularem esset à superiore ad inferiorem, & ideo nulla. Scacc. *de appellat. part. 1. qu. 8. n.* 100. Unde ab ecclesiastico & Laico simul judicantibus, appellari ad Judicem superiorem ecclesiastici, tradit Bartol. *in l. 1. §. si quis in appellatione. n. 13. ff. de appellat.* etiamsi ecclesiasticus sit simplex plebanus & laicus Comes. Conf. Gonzal. Tellez. *ad Decretal. tom. 2. p.* 816. *n. 9.* Scacc. *de appellat.*

lat. cit. l. Ob eandem igitur absolutam & supremam potestatem circa sacra à Principum nostrorum in causis ecclesiasticis latis sententiis non magis, quam à summi Pontificis Romani, appellari poterit.

§. L.

Frustra hinc quoque disputatur an Cam. Imp. vel Judicium aulicum promotoriales decernere possit adversus Principes nostros in ecclesiasticis judicantes: Quamvis enim tralatitium sit, cuilibet Judici injungi posse ut justitiam administret, requiritur tamen semper, ut Judex injungens, remoto eo cui injungitur, sit ordinarius, & maxime competens, Gail. *lib.* 1. *obs.* 1. *n.* 6. hinc ante omnia fundata debet esse jurisdictio, weilen die Promotoriales dermassen beschaffen, daß sie ein Mandat auf dem Rücken tragen; Judice enim non parente promotorialibus, statim devenitur ad Mandatum. Aut. *præjud. Cam. voc. Jurisdictio Cam.*

§. LI.

Hinc & illud prono alveo fluit, nullitatis insanabilis querelam principaliter per modum actionis intentatam, und wann einer klaget, daß wider die natürliche Billigkeit wider ihn procediret, gehandelt und geurtheilet worden, locum habere non posse, cum hæc semper excepto casu, si coram eodem Judice proponatur, institui debeat coram superiore, qui habet omnimodam & non limitatam Jurisdictionem. Vant. *de nullit. rubr. coram quia possit. n.* 20. *vers. insuper.* Scacc. *de Appellat. qu.* 19. *remed.* 1. *conclus.* 6. *n.* 76. *& seqq.* Jurisdictio autem secularis ratione rerum vel causarum ecclesiasticarum est negativa & prohibitiva absolute, Sperell. *Decis. for. eccles. decis.* 126. *n.* 37. *&* 40. & in ecclesiasticum funditus nulla. *C. est Sacerdotibus.* 11. *qu.* 1. Tondut. *de prævent. jud. part.* 2. *cap.* 22. Nullitas autem principaliter intentata totam causam & principale negotium ad Judicem nullitatis devolvit, ita ut super meritis causæ cognoscere & sententiam vel reformare vel confirmare, etiam ex nova causa & novis probationibus possit. Ordin. Cam. *part.* 3. *tit.* 34. Et quanquam causa principalis plane non tangatur, sed de nullitate processus quæstio sit, ob defectum superioris potestatis, & hinc prohibitum recursum ab ecclesiastico ad secularem,

Digitized by Google

tem, non coram hoc, sed ecclesiastici superiore, intentanda foret nullitas; Unde Camerales ipsimet sponte concedunt, sibi non competere potestatem de causa principali ejusque justitia judicandi, licet per viam nullitatis ad Cam. deveniatur; Ast quam rigide etiam illud observetur, videre licet ex Mandato decreto Anno 88 ubi sponsus aliquis Hamburgi convenerat sponsam detrectantem consummare matrimonium, ob causam quod sponsum ante sponsalia graviter morbo Gallico laborasse, post sponsalia demum edocta fuisset; Hamburgensibus pronunciantibus non obstante exceptione matrimonium consummandum, querelam nullitatis in Cam. instituit sponsa, impetravitque *Mandatum de non adigendo virginem honestam ad deforme & indecens matrimonium*; quid autem est, si hoc non est de jure pronunciare? dum sibi vindicant cognitionem, an hæc causa justa sit in præsenti casu dissolvendi sponsalia contracta, vel non, sed quicquid fiat, neque de jure, neque de nullitate Processus, in ecclesiasticis ulla competit Cam. cognitio. Quod si nullitas incidenter per viam exceptionis opposita, sic cognoscere poterit, uti quilibet alius, etiam incompetens Judex. Scacc. *de appell. supr. cit. l.* Num vero prohibita appellatione vi privilegii, querela nullitatis, aliaque remedia extraordinaria institui possint, huc non pertinet. vid. diss. spec. Carpzov. *de privileg. de non appell. Sereniss. Duc. Saxon, ibique cit. DDres.*

§. LII.

Quæstiones & controversiæ quoque de possessorio ejusque temporalitate vel concurrente spiritualitate, & inde resultante facultate certis in casibus præveniendi Judicium ecclesiasticum, in terris Sereniss. Electoris Brandenburgici hodie penitus quiescunt, ob generale de non appellando privilegium in quocunque possessorio; In civilibus igitur prohibitum, multo magis in Ecclesiasticis, utpote in quibus absque privilegio illimitatam habet Sereniss. Elector libertatem, prohibitum censebitur. Hinc Anno 1694. die 29. Maji publico Edicto omnibus hoc in Ducatu Magdeburgico interdictæ hujus generis appellationes: Demnach Ihro Röm. Kayserl. Maj. &c. unsern Gnädigsten Churfürsten und Herrn und dero Churfürstl. Hauß dahinbegnadiget, daß nicht allein das Privilegium de non appel-

lando in possessorio, welches unlängst dero Clevischen Landen ertheilet worden, auf alle Dero übrige Lande extendiret seyn solle ꝛc. Als wird solches ꝛc. und befohlen, daß mit denen Appellationen an die Hohe Reichs-Judicia gedachter Kayserl. Resolution jedesmahl gemäß verfahren, und selbige in caulis cujuscunque possessorii hinführo weiter gantz nicht ꝛc. zugelassen werden sollen ꝛc. addita in casum contraventionis & violationis privilegii gravi comminatione pœnæ; Hinc cum actores zu N. à sententia lata in possessorio à Consistorio Ducatus Magdeb. ad aulicum Judicium appellassent, Acta ad Facultatem Juridicam Francofurtanam denuo transmissa, quæ pronunciavit die 3. Febr. 1696. Daß die eingewandte Leuterung und in eventum an Ihro Röm. Kayserl. Maj. Hochpreißlichen Reichs-Hof-Rath interponirte Appellation dißfalls nicht statt habe, auch allenfalls unerheblich ꝛc. Klägere aber die verwandte Kosten zu erstatten schuldig seyen. Et cum eo non obstante frivolam appellationem prosequi tentassent, speciali Rescripto de dat. Cölln an der Spree die 30 Martii Regimini injunctum, daß sie denen Appellanten den Unfug besagter Appellation vorstellen, und ihnen darbey injungiren sollen, bey Vermeidung einer Straffe von 2000 Rthlr. sich derselben zu begeben, mit der Verwarnung, daß, wann sie solche Appellation im geringsten prosequiren würden, die 2000. Rthlr. alsofort executive beygetrieben werden sollen. ꝛc.

§. LIII.

Num autem Imperii nostri Principibus permissum subditis prohibere ne ad summa Imp. Judicia appellent? Est communis omnium fere opinio, non valere hanc prohibitionem; nec statuto vel consuetudine introduci posse, ne liceat appellare, cum defensionem, quæ Juris Nat. auferat; hinc Cameram eo non obstante appellationes recipere, tradit Gail. *lib.* 1. *obs.* 135. *n.* 12. *ibique cit.* fundatum quoque assertum hoc *in R. I. de Anno* 1532. §. Nachdem auch etliche Stände; *& in O. C. de anno* 1555. *p.* 2. *tit.* 28. §. Und dieweil bißhero. *ibi*: daß hinführo keiner gezwungen werden soll, sich des Appellirens zu enthalten, oder von gethaner Appellation abzustehen: & hoc non sine ratione, cum enim Status Imp. quicquid edicunt, statuunt, pronunciant, faciant ut Duces, Marchiones, Principes, Comites: bus

has dignitates autem una cum territorio & territoriali potestate annexa acceperint ut plurimum in feudum, vel alias dependenter tamen, ab Imperatore & Imperio recognoscant, hinc & Jus extremæ provocationis ipsis competere nequit; Alt cum in Ecclesiasticis cesset dependentia, *uti supr.* demonstratum, cessabit provocatio, & locum habebit prohibitio; hinc tam *in R. I. supr. cit.* quam O. C. *cit. loc.* notabilis generali Legi additur restrictio: Es wäre dann Sache, daß sich einer vorhin der Appellation begeben, oder aber daß er, vermög rechtmäßigen Privilegien, seiner Obrigkeit oder Richters auch sonst von Rechtswegen nicht appelliren könte oder möchte. Quod si itaque in casu notoriæ frivolæ appellationis in civilibus & mere secularibus prohiberi poterit subditus, quanto magis in Ecclesiasticis, ubi Princeps non vi privilegii, sed proprio jure jus extremæ provocationis habet: Hinc non dubito, quin locum habere possit pœna *l. 5. C. de jurisdict.* amissio scil. causæ, maxime si admonitus desistere nolit ab interposita appellatione; cum taliter derogetur juribus Principis, trahendo aliquem ad eum Judicem, cujus Jurisdictio partium consensu prorogari nequit, add. Franc. Nigri Cyriaci *Controvers. forens.* 552. *n.* 28. B. Brunnemann. ad. *d. l. 5. C. de Jurisdict.*

§. LIV.

Et licet contra ea, quæ hactenus disputata sunt, obmoveri posse videatur, frustra disputari an appellationes in Ecclesiasticis ad Cam. Imp. locum habeant, cum multis præjudiciis Cameralis Juris Scriptores confirment, recipi tales appellationes, & Processus desuper decerni; consuetudinem autem tribuere Jurisdictionem. Gonzal. Tellez. *ad Decretal. tom. 1. p. 165. n. 8.* Attamen non quærendum quid fiat, sed quid juris Principibus nostris competat. Non ignotum est Cameram sæpius decernere Processus in causis ad illam non pertinentibus, contra hæc attentata autem Principes utplurimum consuetudinem non parendi allegare solent; Ac licet quoque unus vel alter Statuum paruerit, tales actus tamen quos hic vel iste forsitan contra Jura sua admisit sponte, vel alia de causa admittere debuit, aliis præjudicare non poterunt: Et sic essentialia requisita præscriptionis contra non recognoscentem superiorem, plane deficere,

quis non videt? Et forte aliquot annorum per varias contradictiones & protestationes interrupta prætensa quasi possessio jus firmum non tribuet, quin imo posita quieta contra aliquos quasi possessione, adhuc dubium remanebit, an, & quatenus negligentia Consiliariorum in amittendis juribus summæ potestatis Principi præjudicare possit. Quæ cuncta singulatim latius deduci possent, nisi temporis angustia metas hujus Disputationis longius extendere prohiberet. Interim hæc leviter delibata lubens B. L. æquo judicio submitto.

Dissertatio de Murmuratione præscriptionem impediente, in Academia Fridericiana, sub Præsidio JOH. FRIDEMAN. SCHNEIDERI, Ph. & J. U. D. Profess. Jur. Extraord. & Facult. Philosoph. Adjunct. LEVIN CHRISTIAN LUEDECKE, Hall. Saxo. Mense Decembr. A. O. R. MDCCIV.

PRÆFATIO.

AD patientiam cives præparare in Republica, haud exiguæ molis est. Impellente enim libertatis amore, multas cum ea molestias queruntur. Sic indulgentes genio suo, fugiunt onera. Equidem, ut homines, iniqua pati, sibi videntur: quæ tamen si inspiciantur penitus, talia non sunt, prout à civibus feruntur. Nimium itaque sibi metuunt, publico privatoque imperio subjecti. Neque enim statim rediguntur in servitutem, si quas operas aut tributa solvere deben. Alia igitur causa accedat, aliaque imperandi ratio. Cum ea exiguntur munia, quæ vel non debentur, vel eo tempore, quod pro re nata exceptum fuit. Certe singula hæc cum fiunt, ita fiunt, ut civium patientia in jus transeat. Quæ occultis semper, nonnunquam erumpentibus odiis dividunt animos, puta civium à Principe, & rusticorum à domino suo. Et quo altius illa surgunt, eo exstimulant acrius.

Hinc

Hinc nascitur isthæc impatientis animi soboles, quam murmurationis nomine indigitare volui. Materia, non plane indigna, quæ, in lucem protracta, meum exerceret ingenium. Non minima quidem difficultas ejus me aut desertorem efficere, aut cum diffidentia ad elaborationem perducere videbatur. Quam enim litterata secula aliis negotiis civilibus dudum ademerunt, huic fere reliquerunt omnem. Sed idipsum, puto, effecturum esse, quo citius erroris mei veniam consequar. Cum omnino deficiant, quorum vestigia sequi potuerim, juris interpretes. Felicior Jurisprudentia Romana reliquarum gentium instituta superat, quod magis ex naturalibus, quam civilibus præceptis collecta sit; in eo tamen reprehensionem meretur, quod plura præscriptionum impedimenta, etiamsi illæ proprius sint juris positivi fœtus, vel non attigerit, vel levi brachio tractaverit. Qua de causa evenit, ut ne nomen quidem murmurationis à Juris Romani consultis proferretur, paucissimis rem ipsam tractantibus; in quibus vero ingenium, quod alibi eximium ostendunt, hic desiderare liceat. Cum igitur probe animadvertam non verbis, sed rebus ipsis leges impositas esse *l. 2. in f. C. Comm. de legat.* missa vocum explicatione, rei potius tractationem, Deo auspice, ingrediar, nullus dubitans, quin circumstantiis negotii perceptis non murmurantia, sed consentientia, si non omnium, saltem sapientiorum lectorum, judicia experturus sim.

Caput I.

De Murmurationis Natura ac Variis Differentiis.

SUMMARIA.

Impedimenta præscriptionis distribuuntur
In naturalia, uti sunt, ablatio possessionis, translatio ejus, pignoratio &c.
Civilia, quæ judicialia,

extrajudicialia:
Illa hic removentur;
Hæc vero comprehendunt denunciationem privatam,
protestationem,
contradictionem.
Murmuratio species est contradictionis extrajudicialis. §. 1.
Murmurationis descriptio.
Ad mentem Stoicæ Philosophiæ inventa.
Testimonia Senecæ hanc in rem citantur.
Murmurationem quoque vocem pure latinam esse hinc infertur. §. 2.
Descriptæ murmurationis differentiæ.
Quarum
I. ab admurmuratione, quæ invitat ad offendendum.
Regula Baldi commendatur.
Quis auctor rixæ?
An talis sit admurmurator?
Objectio Baldi: in admurmuratione mandatum delinquendi non præsumi;
Solvitur (1.) ex conditione ejus, qui admurmurat, quod sit inimicus; (2.) ex modo delinquendi, si murmurationem in contenti delictum sequitur. §. 3.
Murmurationi huic susurratio convenit, cujus
Descriptio ex Moralistis.
Distributio per varios susurrandi modos.
Turpitudo inde probatur, quia famam lædit,
amicitiam tollit.
Excipitur amicitiæ turpis dissolutio.
Amicorum vinculum, quod virtute caret, crimen fidei est. §. 4.
II. à murmuratione seditiosorum hominum, qui
(1.) imperantium auctoritatem sugillant.
(2.) novi imperii introductionem adfectant.
Exemplo Israëlitarum murmurantium illustratur,
Quorum (a) conatus; (b) tragicus eventus.
Repetitio murmurationis ejusque pœna in eadem gente traditur. §. 5.
Transitus ad militum murmurationem.
Species seditionis est, ejus gravitas, ratione
(1.) periculi,
(2.) supplicii.
Murmuratio seditiosi militis stat capite:
Idque probatur ex Juribus militaribus
Germanorum,
Romanorum.
Extenditur
(1.) ad conscium facinoris.
(2.) ad compertum, etsi non auditum.

Dies

Diaz de Mena refutatur.

(3.) ad murmurantem propter operas vicarias, qui seditionis causam dare voluit.

Jus militare Lüneburgicum de hoc casu laudatur.

Mitigationem pœnæ parit Ducum sævitia,
conniventia,
avaritia. §. 6.

Qu. An eo casu officium suum Magistratui resignare liceat? Neg.

Rationes: (1.) ab ordine vocationis suæ servando.

(2.) à promissione auxilii divini.

(3.) ab exemplis sanctorum, qui murmuratoribus non cesserunt.

Objectio: Consiliorum eventum esse vanum & majora odia conciliari.

Solvitur (1.) à similitudine Magistratus cum Deo.

(2.) ab adversa imperii administratione.

Limitatur de resignante
ob Reipublicæ ruinam,
malam administrationem,
periculum remotionis. §. 7.

III. à murmuratione scil. a) Monachorum, quorum pœna.

Item causa murmurandi traditur.

An propter escam?

Conjectura Basilii M. eligitur.

Ex Papicolarum jejunio confirmatur, quod in ciborum selectu consistit. §. 8.

b) Clericorum Pontifici maledicentium.

Murmurationem contra Principem posse in crimen læsæ majestatis abire, ex Arnobio probatur. §. 9.

Illorum pœna est vel suspensio officii & beneficii, vel jejunium in pane & aqua.

Object. à remissione maledictorum contra Imperatorem emissorum.

Solvitur (1.) per negationem consequentiæ; (2.) per distinctionem inter murmurationem maledicentis ex justo dolore aut temeritate, ac inter eam, quæ ex mera animi malitia fit. §. 9.

c) Pastorum Evangelicorum.

Utrum Pastori senescenti ob datum substitutum à Patrono Ecclesiæ murmurare liceat? Resp. Neg.

Rat. (1.) quia in eo habet socium laboris;

(2.) quia providentiam Patroni agnoscere debet.

Responsum Theologorum Lipsiensium commendatur.

Quomodo Minister Ecclesiæ se gerere debeat contra murmurantem collegam suum?

Remissive ad Theologos. §. 10.

d) Opificum.

Causa murmurandi justifica est
irrationabilitas
consuetudinum,
statutorum.

e.g.

e. g. de cœpto opere ab alio non perficiendo.
de vitiata in uxorem non ducenda;
de interdictione opificii injuriato magistro facta.
DN. de Lyncker dissensus conciliatur cum opinione B. Brunnemanni. §. 11.
IV. à murmuratione, quæ adulterii indicium est
Quid sit den Brummschlagen?
Petulantia hujus actus taxatur.
Vano amoris obtentu excusari nequit.
Hobbesii sententia hanc in rem adducitur.
Ad indicia adulterii pertinere concluditur. §. 12.
Divisio murmurationis
(1) ratione modi
in expressam,
tacitam.
(2.) ratione causæ
in justam,
injustam.
Exemplum murmurationis justæ in vidua attenditur. §. 13.

§. I.

NOn diffiteor, plurima præscriptionis esse impedimenta. Singula vero illi ad duo genera reduxerunt, in quorum deliciis ars æqui & boni habetur. Nimirum ea vel naturalia vel civilia esse, bene statuunt. Equidem naturaliter præscriptio impeditur, si cui aufertur rei possessio aut in alium transfertur. *l. 4. §. 22. l. 5. l. 15. pr. & §. 2. ff. de usucap. & usurpat.* Neque diversum est impedimentum, quod jurium præscriptionem cohibet. Quoties enim per pignorationem aut prohibitionem ab eorum usu quis repellitur; toties interrumpi præscriptionem, manifestum est. *l. 2. C. de servit.* Benedict. Carpzov. *part. 2. const. 7. def.* 1. His loco suo relictis ad ea contendo, quæ sunt civilia. Rursus autem distribuuntur in judicialia & extrajudicialia. Judicialia, utpote extra metam tractationis meæ posita, non attingo. Cum mihi curæ sint tantum illa impedimenta, quæ extrajudicialia vocantur. Quæ iterum vel in denunciatione privata *l. 20. §. 11. l. 25. §. 9. ff. de petit. hered. l. 17. C. de R. V.* vel in protestatione, *l. 2. C. de annal. except.* vel in contradictione consistunt. Periculum itaque erroris me evitaturum, satis confido, si murmurationem sub extrajudiciali contradictione comprehendam.

§. II.

§. II.

Ex quibus jam pateret, quæ murmurationis vera sit indoles, nisi more recepto adnectenda esset descriptio. Etsi enim quælibet de jure civili periculosa esse videtur *l. 202. ff. de R. J.* eam tamen Romani JCti, æque ac illorum interpretes, in declarandis vitæ negotiis requirunt. Quorum hortatu ego etiam incensus murmurationem describo per actum subditorum, quo adversus nova, dura ac insolita, onera superiorum quærula voce & sæpe murmure secreto extra Judicium displicentiam suam declarant, ea intentione, ut præscriptionem impediant, quam nimia ipsorum patientia produxisset. Sic ad mentem Stoicæ Philosophiæ in describenda murmuratione me composui, quos Romani JCti olim secuti fuerunt. Seneca enim Stoicorum facile Princeps *in lib. 3. de ira cap. 24.* de servorum murmuratione agens, eandem pro strepitu aut fremitu obloquentium & contradicentium accipit. Idem in *lib. 5. de beneficiis cap. 15.* quærelæ publicæ de ingratorum hominum copia opponit murmurationem suam: *nec est, ait, quod hanc nostram murmurationem putes:* adeoque vi oppositionis non potest aliam, nisi querelam aut contradictionem privatam indicare. Et præclare hanc acceptionem confirmat in *epist. 107.* scribens: *Optimum est pati, quod emendare non possis: & Deum, quo auctore cuncta proveniunt, sine murmuratione comitari.* Una igitur fidelia, quod in proverbio dicunt, duos parietes dealbavi: veram significationem eruendo, & vocis puritatem vindicando: illa sophistis; hac latini sermonis censoribus, satisfactum esse, existimo.

§. III.

Aliter autem *murmuratio* accipitur, quando in rixa unum vel alterum excitavit, quo invasor quidem audacior, sed invasus paulo timidior evaderet: utpote quem invadendi consilium dedisse, Baldus sibi persuadet *ad l. 5. C. de accusat.* Unde etiam pro confirmanda sententia sua format hanc regulam: *Quoties aliquis offendentem reddit verbis aut factis audaciorem, offensum vero timidiorem, is auxilium consiliumque offensioni præstitisse censetur.* Atque Baldi hæc opinio cum LL. Romanis convenit, ut facile constat inspicienti *l. 2. §. 1. ff. ad*

L. Aquil. ubi auctor rixæ is appellatur, a quo primum injuria & rixæ causa cœpit, unde ipsa mors interdum evenire solet. Conf. *l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ.* Jo. Anton. Dœlffer *in Proceff. Jur. milit.* 3. *n.* 18. Recte igitur ipse Baldus porro infert *ad l.* 1. *ff. de serv. fug.* si quis homini pravo nonnihil in aurem murmurasset, isque paulo post deliquisset, exinde indicium ad torturam depromi posse, cum malo ei consilio, mandati vim habente, succurrisse videatur. Stryk. *de mandato delinquendi Sect.* 1. §. 19. *seqq.* Petrus Peckius *in Comment. ad c.* 62. *de R. J. in 6to.* Neque obstat, mandatum in delectis non præsumi, uti quoque Baldus sibi contrarius tradit *conf.* 383 *col.* 2 *v. Sed his non obstantibus. n.* 1. Adeo, ut licet famulus vel conjunctissimus amicus sit patrator sceleris; tamen dicta præsumtio cesset. Verum Baldo dormitante, nec mihi convenit per somnolentiam conjecturas negligere meliores. Murmuratorem enim hic sisto inimicum, atque suppono, quod post murmurationem eventus in continenti secutus sit. Ecce igitur alterius inimicum, qui alicui ad aurem admurmurat, hic vero in continenti vel offendit, vel internecioni dat, illius inimicum, ex hoc mandasse, utique creditur. Ratio est, quia ex actus celeritate, juncta simul inimicitia, mandatum præcessisse, non dubie conjicitur *arg. l.* 24. §. *f. ff. de privil credit. l.* 1. §. 5. *ff. quar. rer. act. non dat.* Carol. V. *C. C. art.* 31. 34. Quare contra murmuratorem militat præsumtio, qui rixæ auctor est & occisi inimicus: nisi murmuratione offensus ex intervallo cum murmurante committatur, quo casu non hic, sed ille pro auctore rixæ habetur. Gerhardus Feltmann. *in Resp. milit. cap.* 7. *n.* 55. Eadem quoque mente Carpzov *in Pr. Cr. qu.* 120. *n.* 8. murmurationem in aurum pro indicio ad torturam per se sufficiente habere noluit, nisi alia quoque cum eadem indicia vel adminicula concurrerent.

§. IV.

Adfinis huic murmurationi est susurratio, quam in scriptis suis accuratiores morum Philosophi explicant, quod vitium sit, quo murmure secreto inter amicos discordia seminatur. Thomas de Aquino *in lib.* 2. *cap.* 2. *qu.* 72. Petrus Navarra *in Manual. Theol. mor. cap.* 18. aliique. Tribus autem fere modis committi, illis, qui susurro student

dent, notum est. Primo, si quis refert falsum alterius malum, non habita ratione an pœnæ, culpæ aut miseriæ sit. Deinde si quis murmurat de malo alterius vero quidem, sed occulto. Denique si quis refert malum alterius verum & simul notorium per evidentiam juris aut facti, ea tamen mente, ut amicitia inter duos pluresve dissolvatur. Ex quibus cognoscitur susurri malitia, quia ut famam lædit; ita inimicitiam tollit. Nihilominus cavendum est, ne nimis extendatur. Neque enim susurrus erit, si malum referatur, quo vel turpis & noxia, vel jucunda, sed non honesta frangatur amicitia, quia vinculum amicitiæ, quod virtute caret, in crimen fidei incidit. Ut taceam, sapientem non esse, qui relatis omnibus aurem præbet. Henninges Rennemann *in Jurispr. Romano-German. lib.* 4. *def.* 7. *thes.* 10.

§. V.

Præterea ignotum erit nemini, quantum in populo, imperii fræna mordente, murmuratio possit. Qua semel exorta Principis sui res gestas increpant, atque ejus auctoritatem, utpote obsequii nervum, destruere conantur. Hinc ipsius lumen prudentiæ obscurant, & virium robur deprimunt pessime. More ingenii humani, quod jugi impatiens, speciosa libertatis nomina prætendit. Invento murmurationis suæ colore, quod Principi invident, imperium ipsi adfectant murmuratores. Et quo voti sui eventum desiderant vehementius, eo occultiores parant insidias, donec, collectis viribus, in apertam seditionem erumpere possint. Exemplorum seriem repræsentant Annalium conditores, qui Rerumpublicarum fata copiosius delineaverunt. Mearum vero partium esse videtur, brevitati studere, & unicum, idque satis mirandum ac singulari murmurabundi populi fatum & factum est sacra historia, quæ bonæ fidei est, huc transferre. Cum enim ex Monarchia Mosis Dathan, Chore & Abiram aliique filii Israel ducenti quinquaginta viri, Proceres Synagogæ, qui tempore consilii per nomina vocabantur *Exod. XIIX.* stetissent adversus Mosen & Aaron, ac nihil in votis habuissent amplius, quam mutationem monarchici status in popularem, tunc obmurmuraverunt Mosi & Aaroni his verbis *Num. XVI.* 3. 11. *Sufficiat vobis, quia omnis multitudo sanctorum est, & in ipsis Dominus est, cur elevamini*

super populum Domini? Qua obmurmuratione iratus Deus insigni vindicta ostendebat, quantopere sibi hæc displiceret populi præsumtio, qui, obtenta popularis libertatis & præsumtæ sapientiæ, Mosis principatum excutere jam molirentur. Quare dirupta est terra sub pedibus eorum, & aperiens os suum devoravit illos cum tabernaculis suis & universa substantia eorum, descenderuntque vivi in inferno cooperti humo atque ex media Israelitarum multitudine perierunt. Neque hic pœnæ divinæ terminus erat. Sed & ignis egressus à Numine supremo consumsit ducentos quinquaginta viros, qui incensum offerrebant propria auctoritate, ex nova eaque attentata democratiæ ratione. Reversa etiam sequenti die universa populi multitudine ad Mosen ac Aaronem, velut auctores tantæ cladis, mox repetita murmuratione eis exprobant. *comm.* 41. *l. c. Vos interfecistis populum Domini.* Quo dicto, tanquam tessera seditionis, gravior rediret insultus, ut Moses & Aaron, vitæ suæ consulturi, in tabernaculum fœderis fugere compellerentur. Neque Deus æquissimus malorum vindex, hanc Israelitarum murmurationem impunitam dimisit. Mox enim egressa est ira ab eo, plaga desæviente, incendium vastabat multitudinem, donec Aaron, assumto thuribulo ad jussum Mosis & hausto igne de altari, cucurrit ad delinquentium cœtum, quem Deo, oblato thymiamate & deprecatione sua, placabat.

§. VI.

Venio, ut tempus utrumque, tam pacis, quam belli, probe attendam, a civibus ad milites murmurantes. Criminis fere idem genus occurrit, si patrandi actum atque modum examino: quia Ducibus suis obsequiales operas murmure suo recusant, wann die Soldaten meuterkren, nemlich wider ihren schuldigen Gehorsam dem Commando sich opponirten, und dawider mit Worten murren, deßgleichen mit Wercken oder Schrifften durch sich selbst was fürnehmen, oder durch einen andern fürnehmen lassen, wodurch einiger Aufruhr entstehen könte. Multo tamen atrocior esse videtur militum murmuratio, eventum ejus perpendenti. Sive enim ex parte Ducum, quibus cladis periculum impendet, Antonius Contius *in indice conjurationum*; sive ex parte militum illa spectetur, quorum murmuratio semper capite stetisse,

tisse, satis colligere licet ex Maximiliani I. *d.* A. B. *art.* 11. Röm. K. Reuter-Bestall. *art.* 53. Schwed. K. R. *art.* 65. 66. Dän. K. R. *art.* 8. Brandenb. K. R. *art.* 53. Zürg. K. R. *art.* 53. 54. Ad imitationem Legislatorum Romanorum, qui, seditionem militum concitantem, capite punirent. *l.* 3. §. 19. *& l.* 16. §. 1. *ff. de re milit.* Balthasar Ayala *lib.* 3. *de jur. & off. bell. cap.* 14. Georgius Obrecht *de Disciplina militari th.* 1002. Jodocus Damhouderus *in Pr. Cr. cap.* 69. *n.* 9. Quæ adeo vera sunt, ut ipsa quoque conscientia hujus facinoris puniri debeat, ceu præclare disponitur in dem Holl. K. R. *art.* 6. in gleicher Straffe sollen fallen alle die, so etwas dergleichen gewust, und es ihren Capitains oder Obristen nicht angezeiget haben. Rationem ejus rei elegantem adfert Hugo Grotius *in lib.* 2. *de J. B. & P. cap.* 17. §. 9. *& in lib.* 2. *cap.* 21. §. 1. & 2. quia reticens id, quod reticere non debet auctori facti æquiparatur. Deinde cum necessitas quædam urgeat celeritatem exsecutionis, ne forsan ex mora periculum erumpat: ideo, licet Florez Diaz de Mena, JCtus Hispanus, dissentiat *lib.* 1. *var. res. qu.* 18. tamen statuo criminis hujus militaris compertum, sed nondum auditum interfici posse. Inprimis, quod sententiæ meæ & rigor disciplinæ militaris & praxis ipsa exacte respondeat; ille quidem, quod ab incolumi, quamvis paulatim negotia perfici possint, à mortuo nihil; De hac vero testatur Joh. Frider. Schultz. Auditor Generalis Brandenburgensis, *in Not.* 1. über das Brandenb. K. R. *art.* 48. in denen Meutereyen mag man, da periculum in mora seyn wolte, die Thäter ohne allen Verzug in flagranti delicto straffen, damit man denen andern ein Schröcken einjage. Et adjicit laudatissimus auctor exemplum: Wie ich, inquit, in Königl. Schwedischen Diensten Anno 1658. beym Kiel in Holstein selbst gesehen habe, daß es von dem Obrist-Lieutenant Becker geschehen, und da er darum hernach von der Generalität sehr gerühmt worden. In crimine enim exorbitante, uti seditio militum est, processus moram gravitas periculi non patitur. Franciscus Aviles *in tr. de Syndicat. Prær. cap.* 1. *n.* 14. Ideoque appellatio, quæ in criminalibus apud Romanos locum habebat, in eorum persona cessabat, qui seditionum erant conciliatores vel duces factionum, quos damnatos statim puniri, publice intererat. *l.* 16. *ff. de appellat.* Dicta etiam pœna capitis ad militem, absente commilitone suo, operas ejus subeuntem, si propterea murmurationem seditio-

sam instituerit, merito extenditur in dem Braunschw. Lüneb. und Cell. K. R. *art.* 44. cujus verba commemoratione digna censeo, quod murmurationem diserte exprimant: Da auch ein Soldat über die Abwesenheit seines Cammeraden **murren**, seine Dienste nicht versehen, und deßfals meuteriren wolte, der, oder, die solches thun, sollen die in dem vorhergehenden Articul benennte Straffe ohnfehlbar zu gewarten haben. d. i. ohne alle Gnade an Leib und Leben gestraffet werden. Quamvis in hoc casu spes veniæ præcisa sit militi, pacis turbatori; sunt tamen alii, in quibus criminis sui gratiam & pœnæ mitigationem delinquentes consequi possunt. Nempe si seditiosa murmuratio coorta fuit vel ex Ducum tribunorumque militum sævitia, vel ex nimia illorum erga milites conniventia, vel denique ex denegatione aut procrastinatione stipendiorum aliorumque subsidiorum vitæ, wann die Officirer denen Soldaten ihren behörigen Sold, Proviant, Kleidung oder was sonsten auf sie gegeben wird, vorenthalten, abkürtzen, verringern oder schmälern. Quo facto gregarios milites murmurare ac queri posse de stipendiis non solutis, aut vestibus non præstitis, decidit præter Caspar. Matth. Schwarz. *in Flor. Sparf.* über das Schwed. K. R. *art.* 104. Gerhardus Feltmann. *Resp. milit. lib.* 4. *n.* 29.

§. VII.

In trepidis vero his rebus, an Magistratu, sive superiori sive inferiori; civili aut militari, officium suum resignare, atque ita à murmurante turba se liberare liceat, identidem disceptatur. Ad altiorem dubii investigationem pertinet, conditionem personæ observare, quæ officium Magistratus resignare vult. Si enim certa est de recta administratione Reipublicæ, nec periculum remotionis metuere habet, minus ei licita esse resignatio videtur. Nam vocationis ordo, utpote à jure divino præscriptus, à nemine deserendus est, 1. *Cor. VII.* 10. Hic vero in eo consistit, ut tam turbato, quam pacato tempore Rempublicam gubernet Magistratus. Juvante ipsum Dei providentia, in Judicio versantis cum Magistratu 2. *Chron. XIX.* 6. ut, vel ejus intuitu, inconsultam populi murmurationem æquo animo ferre debeat. Nonnunquam differt Deus, non tamen penitus eventum aufert meliorem. Sic erudimur ex sacris historiis, quarum duo exem-

exempla, unum Mosis, alterum Davidis, decisionem meam mirifice illustrant. Quis Mose afflictior erat tot hominum obmurmuratione? vid. §. 6. Quis Davide, sive exule, sive Rege, miserior, modo civium, modo militum, murmurationi exposito? Quisque vero eorum divini auxilii spe fretus, rebus secundis se servavit. Neque ad rem facit, quod objicitur, interim saluberrima negliguntur consilia, neque directæ ad Reipublicæ salutem actiones quidquam proficiunt; è contrario odium invalescit & major invidia conciliatur. Ultro & ingenue fateor, hæc cuncta ita comparata esse, ut quis, indignitate murmurantium motus, officium suum aliquando resignare ausit. Alius autem Magistratui debet animus esse, Deo in his terris vicario. Sicut Deus, orbis opifex, tam bonis, quam malis, imperat; ita Magistratus, eundem imitaturus, imperii clavum non abjiciat, tametsi civium murmure omnis Reipublicæ angelus repleatur. Et quoniam novit, imperium non otium, sed grave negotium esse, ideo quietis amore se non subducat, sed porro faciat officium suum. Id quod tamen intelligere nolim de illis, qui ad advertendam Reipublicæ ruinam, ab officio suo discedunt; aut ob pravam administrationem vitamque vitiis coopertam removendi sunt: aut ex conjecturis non vanis remotionem suam præsagire possunt, adeoque resignatione sua illam præveniunt: quoniam mali declinandi impetus, appetitus maxime naturalis est, vicemque boni in præveniente obtinere potest. Hugo Grotius *de Jur. B. & P. lib. 2. cap. 20. §. 29. & lib. 2. cap. 24. §. 5.* Ahasverus Fritschius *in tr. de Resignatione officiorum.*

§. VIII.

Murmurationem in Republica commotam, ea excipit, quæ collegiorum pacem perturbat. Sane monachorum claustra prius aperienda sunt, qui præ aliis se integros vita scelereque puros jactitant, nec tamen murmuratione vacare deprehenduntur. Etenim *in c. 4. d. 90. alienus esse jubetur à fratrum unitate, qui murmurat, & opus ejus abjicii, qui murmurans extiterit: ne pœnam murmurantium incurrat: de qua Apostolus dicit (Neque murmuraveritis, sicut quidam murmuraverunt, & perierunt ab exterminatore* 1. *Cor. X.* 10.) *Juxta mensuram itaque operis peccator (quod in hac sententia Apostoli plenius declaratur)* *sacer-*

sacerdotis judicio pœniteat. Quocum consentit *c. 5. d. 90.* *Qui contentiosus aut murmurans extiterit, secundum arbitrium Prioris tamdiu pœniteat, quamdiu culpæ qualitas extat.* De murmuratione ejusque pœna canonica jam constat, saltim murmurandi causa latet, quam indagare consultum erit. Basilius M. qui, *in libro de institutis Monachorum cap. 42.* priorem canonis hujus partem enarrat, paulo post *in c. 50.* murmurandi causam in esca quærit. Sic enim, Rufino interprete, penultima interrogatio citati capitis se habet: *Si vero quis murmuret propter escam, quæ erga eum sententia servabitur? Resp. ea, quæ contra eos, qui murmuraverant in deserto.* Non inepta est conjunctura, præsertim quod jejunium monachorum non tam in abstinentia, quam in delectu ciborum consistit. Unde mirum non est, quod, eo deficiente, contra dispensatores suos murmurare ausint. Digna quoque essent, quæ de selecta Papicolarum ichthyophagia passim leguntur, hic conferrem, nisi iniquis spatiis me exclusum esse animadvertam. Vid. D. Joh. Adam. Osiander *in Theolog. Casuist. part. 3. cap. 7. qu. 4.*

§. IX.

Longe autem gravior est ea murmuratio, qua Clerici suo Pontifici maledicunt. Quemadmodum enim læsæ majestatis rei sunt, qui Regibus aliquid sequius obmurmurant, uti Arnobius contra gentes *lib. 4. p. 150.* luculentissime demonstrat; ita nullum est dubium, quin Clerici Pontificem suum maledico murmure lacessentes, simile, aut ob prætensam personæ ejus sanctitatem atrocius, crimen committant. Quod etiam colligere licet ex *cap. 1. X. de Cler. maled.* ubi Pontifex Clemens III. jubet eos, qui *in Romana Ecclesiæ*, cujus & caput Pontifex est, & eam repræsentat, uti h. c. explicat Emanuel Gonzallez Tellez *Comment. ad Decret. h. l. n. 9.* *depressionem & contumeliam Clerici quidquam protulerint per suspensionem officii & beneficii, sublato appellationis obstaculo, compescantur, ut pœna illorum aliis terrorem incutiat.* Neque minorem his pœnam dictavit Concilium Aurelianense V. sub Pelagio I. congregatum *c. 14.* cum ejusmodi maledicos *in monasterium detrusos aqua tantummodo & pane diebus singulis sustentari præcipit, ut nec comam nec barbam facere præsumant, nec ad aram Domini penitus accedere eis permittatur.* His quidem videtur obstare

l. ult.

l.ult. C. si quis Imper. maled. Ubi talis linguæ detractio, cui & murmur adfine esse, Henricus Canisius *in Comment. ad h. cap. n.* 4. tradit, quando hoc ipsum secreto fit, ut Principis absentis fama, quæ nervus obedientiæ est, lædatur, contemnenda & remittenda esse, sancitur. Quanquam igitur ad Pontificiorum mentem dubii connexio vacillat, quod major reverentia Pontifici, quam Imperatori debetur; nihilominus adhuc distinctione lis componi potest, inter maledicorum murmurationem, quæ ex justo dolore aut temeritate, & inter illam, quæ ex mera animi malitia proficiscitur: quarum illa ut veniam impetrare; ita hæc pœnam exasperare solet. Quandoquidem qui ad Ecclesiæ aut Reipublicæ clavum assident, nec vindicant murmurantium maledicta, veterem remittendo injuriam, novam provocant. Cæterum non deficiunt Pontifices, qui pari lenitate, atque Imperatores, maledicta remiserint. Ex multis unum adducere, in præsenti mihi liceat. Sic de Pio V. narrat ex Historicorum fide Augustinus Barbosa *ad cap.* 1. *X. de maled.* quod cuidam maledico gratiam delicti his verbis fecerit: *Abi liber, quo velis: ego vero humilitatem generis mei, vita & habitus, semper & animo retinebo & libens confitebor, & ero vilis in oculis meis & abjectus coram Domino.*

§. X.

Ita se res habet cum monachorum murmuratione, sive illam inter se, sive contra ipsum Pontificem suspiciant. Nunc primoribus saltim labris tangere, quæ in Ministrorum, Ecclesiæ Evangelicæ addictorum, collegio, præter omnem opinionem nonnunquam auditur murmuratio. Si enim ætate Pastoris ingravescente, laborum socius ei adjungitur, mox ille labia in murmurationem resolvit; cum tamen hanc Patroni Ecclesiæ Providentiam grato animo agnoscere debuisset. Meretur quod in rem præsentem adscribatur Theologorum Lipsiensium Responsum apud Ludovicum Dunte *in Cas. Consc. cap.* 17. §. 2. *qu.* 23. Darüber hat sich derselbe als ein Emeritus nicht zu beschweren und zu murren, sondern dafür zu dancken. Und muß ein solcher Prediger gedencken, daß die Gemeine nothdürfftig wolle versorget seyn, und hat demnach mehr die Gemeine zu versorgen per alium, als sich selbst zu respectiren Ursach. Quomdo autem Minister Ecclesiæ

contra collegam murmurantem se gerere debeat? sanctioris indaginis est quæstio, quam venerandis Theologis, utpote extra fines Jurisprudentiæ positam, relinquo. Vid. Conradus Porta *in Pastorali Lutheri p. 372.* & qui eum sequitur D. Georgius Henricus Hæberlin *in Spec. Theolog. Pract. P. Gen.* §. 11. *qu.* 11.

§. XI.

Quod vero opificum collegia abundent murmurationibus, multæ eæque prægnantissimæ causæ sunt. Aut enim dura condunt statuta, aut irrationabiles in eis consuetudines permittunt. Sic volunt, ne unus ex opificibus id debeat perficere, quod alter cœpit. Hoc tanquam juri & libertati commerciorum adversum rejiciunt Matthias Berlich. *part. 1. dec. 26.* Volckmar. Bechmann. *in Us. ff. pract. ad tit. de Const. Pr. obs.* 16. Similis farinæ est, quando injuriatum ab exercitio opificii sui abstinere jubent, donec injuriam vindicaverit. Cujus summam iniquitatem expendit Brunnem. *in Comment. ad L. f. ff. de Colleg. & Corpor.* quam tamen non excusat de Lyncker. *in Dec.* 323. ubi inculpatum opificem è collegio ejiciendum esse, statuit. Nam casum exhibet de magistro opificii, qui non tam more recepto propter injuriam, quam ex jure retorsionis, quod idem statuerat in alios, ejectus fuit; idque à laudato auctore approbatur. Præterea murmurandi occasionem præbet, cum, qui vitiatam ab alio uxorem duxit, à collegio suo arcere volunt opifices. Carpzov. *part. 2. const. 6. def.* 14. Equidem Mevius *in part. 5. dec.* 117. *n.* 1. *in not.* putat, id pertinere ad disciplinam & honestatem publicam, ut recipiendi in collegia opificum sint honestæ vitæ atque famæ. Huc JCti Jenenses mihi respexisse videntur, eandem opinionem amplexi apud Volckmar. Bechmann. *l. c. obs.* 15. At plerumque ille disciplinæ externæ prætextus nimis in aliorum injuriam & præjudicium extenditur. Qua de re consulendus est de Seckendorff *in Addit.* des Teutschen Fürsten Staats §. 41. daß die Bastarte und die sich unkeusch verhalten, und etlicher geringer verächtlicher Leute Kinder nicht in die Zunfft nehmen. Das alles sind schlechte Nutzbarkeiten, welche den Zwang, Monopolium und andere Ungelegenheit der Zünffte keinesweges ersetzen. Plura, quæ huc faciunt, etiam congessit de Jurisprudentia opificiaria meritissimus

D. Adria-

D. Adrianus Beyer. *in tr. de Convitio opificum*, & D. Joh Tesmar. *de Lege irrationabili.*

§. XII.

Ex dictis apparuit murmurationem modo delictum, modo delinquendi causam esse. Nihil itaque reliquum fere arbitror, quam ut hic quoque ostendatur, murmurationem delicti indicium præbere. Præ cæteris autem Criminalistæ huc referre solent, cum alicujus uxor sine offensione aut contradictione admiserit, ipsius labium digito alicujus maris ita percuti, ut ex reflexione murmuratio quædam audiatur, quam Germani sibi recepta formula exprimere satagunt einen Brummschlagen. Cum enim talis actus per se valde petulans, turpis & contemptibilis sit, utique personæ illi deditæ, inprimis habita circumstantiarum consideratione & diversitate, adulterii haud parum exinde suspectæ fiunt, ut plenius ex Cothmanno probat David Dœring. *T. 3. Bibliothec. JCtor. v. adult. n.* 121. Jac. Andreas Crusius *de Indiciis part. 2. cap.* 11. *n.* 15. Neque ad rem pertinet excusatio, honesto se amore alterius uxorem prosequi, cum præter dicti actus turpitudinem præsumptio contra talem amoris nexum militat: *quia aliter vicinus, aliter vicinia amari solent. Nam illam amando illi, hanc amando nobis bona quærimus*, Thomas Hobbesius ait *de Homine c.* 12. *th.* 8. Quare murmuratio ita descripta inter adulterii proœmia, quæ gradatim commemorat Accursius *ad l.* 23. *ff. ad L. Jul. de adult.* adhuc collocanda erit. Præterea murmurationem inter remota delicti indicia referri posse, notum est, si (1.) de levi homine sit, cujus existimatio laborat; (2.) si cœperit non ab inimicis & levibus, sed ab honestis & fide dignis. Vid. *Ord. Crim Caroli V. art.* 25.

§. XIII.

Sed hæc quidem de murmuratione, quæ vel delictum in se continet, vel ejus indicium est, mihi sufficiant. Reversus ad propositum meum, convenientissimum ei fore arbitror, si paucis divisionem murmurationis expendam. Dividitur autem ratione modi in expressam, quæ claris; tacitam, quæ paulo obscurioribus verbis instituitur; de posteriore agit Georg. Frantzkius *lib. 2. resol,* 15. *n.* 20. Joh.

Francisc. Balthasar *de Oper. subd. cap. 9. p. 215.* Utraque ratione causæ justa est vel injusta: illa superioris injuriam avertit; quam hæc in ipsum committit: illius in posterum declarationem suscepturus sum; hujus vero in præsenti Capite habui rationem. Si vero exemplum desideretur, quod justæ tacitæque murmurationi conveniat, antequam progrediar longius, à vidua desumtum erit. Quot ei mussitando injuriæ devorandæ sunt? quot calumniæ silentio ferendæ? vidua est, cui contra inimicos non loqui aperte, sed murmurare tantum licet. Atque hæc de natura & divisione murmurationis: nunc proximum est, ejus causas scrutari.

CAPUT II.

De Murmurationis causis justificis.

SUMMARIA.

Selectus causarum habendus est, quæ ad murmurationem spectant.

Prima est fuga novitatis.

Contra innovantem militat præsumptio.

Rat. 1.) ob antiquam observantiam, quam subditi pro norma publicorum onerum habent.

Atque hæc confirmatur partim ex Jure Romano, partim ex Jure Brunovicensi.

Quot anni, & quales actus observantiam constituant? remissive.

2) ob suspicionem præjudicii.

Nova onera sunt nova libertatis pericula.

3) ob miseram plerorumque subditorum conditionem.

Quo igitur quis residuæ libertatis est amantior, eo ad murmurationem fit pronior. §. 1.

Altera murmurandi causa est nimia exactio,
tributorum,
operarum.

Quæ vitanda tam ob periculum seditionis, quam propter officium boni imperantis.

Exemplis, à Regibus Israëlitarum, Hispanorum & Hungarorum petitis, illustratur §. 2.

De operarum excessu agitur, variis modis commisso

(1.) in exemtione quorundam prædiorum.

Opera

Operæ non particulares sint, sed universales.
An nobiles, prædia rustica ementes, ab operis ea liberent? Neg.
Rat. a) quia sunt onera realia. b) ab expressa dispositione Legum provincialium e. g. Vinariensium.
Nobilis in Ducatu Magdeburgico & Principatu Anhaltino sine Principis permissu prædia rustica emere nequit.
Ratio, ne qualitas serviendi eis adimatur.
(2.) in extensione temporis.
Diurnum, non nocturnum officium sunt operæ.
Limit. a) à consuetudine,
b) à pacto subditorum,
c) à publica necessitate.
(3.) in impositione operarum illicitarum. §. 3.
Objiciunt alii
(1.) operas dari indeterminatas; Ergo illarum excessum non posse murmurandi causam esse.
Resp. Civiliter intelligendæ sunt tales operæ.
Incerta sunt; non tamen infinitæ.
Ergo solitæ, non insolitæ esse debent.
Q. Quomodo in dubio operæ etiam certe intelligendæ sint?
Resp. Restrictive, non demonstrative. §. 4.
(2.) operas indeterminatas arbitrio Domini commissas esse; Ergo in illis exigendis excessum non dari.
Resp. Arbitrium domini ad æquitatem redigendum est.
Erhardi & Balthas. opinio refutatur.
Q. Cui facultas determinandi eo casu conveniat?
Resp. Non Dominis, quia auctoris vices sustinent; sed independenter Principi, dependenter judici.
In determinatione attenditur
1. *consuetudo loci,*
2. *possessio prædiorum,*
3. *vitæ conditio,*
4. *alia onera.* §. 6.

Tertia murmurandi causa est operarum mutatio.
Accidit (1.) per translationem de loco ad locum.
(2.) per electionem Domini in alternativa operarum obligatione.
Ubi operæ debentur alternative non Dominorum, sed subditorum est electio.
Ratio, quia in alternativa rerum electio semper est debitoris.
(3.) per operarum auctionem specie
mutata,
manente,
Operas vectorias non civibus, sed rusticis covenire, demonstratur. § 6.
Q. An operæ cedi possint?
Rat. adf. 1.) quia prædio cohærent,
2.) quia fructus sunt jurisdictionis.
Limit. 1.) Nisi cessionarius sit vir acerbus.
2.) domicilium aut prædium habeat longe remotum.

§. I.

NOn operæ nullum erit pretium, quæ causæ sint murmurationis, paulo accuratius examinare. Cum vero cogitanti plures mihi sese offerant, quam fundo assequi possim. Hinc de iis tantum, quæ ad impediendam præscriptionem propius accedunt, distinctius agendum esse, mecum constitui. Prima omnium videtur fuga esse novitatis, quæ mortales præcipue commovet, ratos, antiquissimum ut verissimum, ita æquissimum esse. Quapropter militat contra eum præsumptio, qui innovare vult, cum novitates sint per se odiosæ. Hieronymus Cephallos *C.* 583. *n.* 34. & semper discordias pariunt. Ex eadem causa accidit, ut contra exigentem novas rusticorum operas in dubio respondeatur, quasi per vim & compulsionem extortæ fuerint. *l. un. C. de oper. à collat. exig. in lib. X.* Joh. Brunnemann. *Comment. ad h. l.* Caspar. Klockius *de Contribut. cap.* 2. *n.* 42. Merckelbach ap. Klockium *Cons.* 5. *p.* 86. Joh. Andreas *ad cap.* 1. *X. de præscript.* Huc tendit Imperator *in l.* 23. *pr. C. de agric. & cens.* dispositione sua: *caveant possessionum domini, in quibus tales coloni constituti sunt aliquam innovationem vel violentiam illis inferre.* In operis enim antiqua rusticorum observantia das alte Herkommen maxime spectatur, ut ne quidem ab illa recedere liceat, nisi quis inventis operis novis rusticos ad murmurationem incitare velit. Ita quoque decisum reperitur in dem Land-Tags-Abschied *Ducatus Brunovicensis de anno* 1597. §. 1. his verbis: **Die Dienste sollen bleiben, wie sie vor Alters hergebracht.** Et si igitur operarum definitio ex libris dominorum, aus denen Erb-Frohn-Büchern, de Lyncker *in Dec* 844. probatur; non tamen illarum modus ex investitura, sed ex recessibus provincialibus & antiqua observantia petendus est. de Lyncker *Dec.* 859. Utrum vero certa designatio annorum, an sola actuum uniformiter gestorum probatio ad hanc observantiam requiratur, longioris omnino disputationis est, quam ut hic expediri possit. Vid. Ahasv. Fritsch. *in tr. de Jure Pagor. cap.* 8. Joh. Francisc. Balthasar *de Oper. subdit. cap.* 11. Mynsing. *lib.* 6. *obs.* 42. Wehner. *in O. P. lit. V. verb.* von Alters. Schottelius *in Præf. de Singul. Germaniæ Jur.* Instituto enim meo, utram quis elegerit opinionem, parum officit. Inprimis, quod nova onera, in operis plerumque sustinenda, ideo apud subditos murmu-

Digitized by Google

murationem excitare solent, quia præjudicii & fraudis suspicione imponentem arguunt, nondum causa ipsorum satis apparente, quasi ad oppressionem subditorum illa excogitaverit. Accedit rusticorum conditio vitæ, licet ex statuto, moribus & pactis, singulorum locorum mirum in modum variet; Hermann. Vultejus *de Feudis lib. 1. cap. 4. n. 7.* Joh. Cœppen *Illustr. qu. 13. n. 1.* nihilominus in ea sorte omnes conveniunt, quod hodierni etiam rustici, quantum ad operas attinet, pene servorum loco habeantur. Mevius in *Tr.* von Abfolge der Bauers-Leute, *qu. 1.* Andreas Gailius *de Pignor. obs. 8.* Udalricus Zasius *lib. 1. Singul. Respons. cap. 3. n. 67.* Fridericus Husanus *de Homin. propr. cap. 6 n 24.* Quo igitur amantiores sunt libertatis subditi, eo facilius ad murmurationem excitantur, cum in dies nova onera significantur.

§. II.

Altera murmurandi causa est nimia tam tributorum, quam operarum exactio, in quam non segniter inquirens, satis superque deprehendi, Principem aut nobilem, alienis inhiantem, propria bona amisisse. Nulla enim re adeo animi subditorum ad odia stimulantur, atque ex odiis ad murmurationem concitantur, quam in dies gliscente graviorum onerum impositione. Quibus ita oppressis adflicta fides in pace & spes in rebus turbatis est, ideoque ea persuasione inducti, quod nascens malum facilius, quam inveteratum averti possit, defectionem ipsam moliuntur. Sic alia causa non erat defectionis decem tribuum Israelis à Roboamo Rege, quam populi per operas & tributa oppressio 1. *Reg. XII.* 2. *Chronic. X.* Neque ab Hispanorum Rege, Philippo II. se Belgæ separassent, nisi Dux Albanus omnium rerum decimam partem exegisset. Chytræus *in Chr. Saxon. lib. 21.* Similiter Ungari Matthiam Corvinum destituerunt in medio regni cursu, quod exhausto per longa bella ærario, ad nova tributa confugeret. Antonius Bonfinius *in Dec. rer. Hungar. 3. lib. 8.* Et rusticorum bellum in Thuringia ex eadem causa ortum esse, testatur M. Zacharias Rivander in der Thüringischen Chronic *ad ann.* 1525. Ut nunc alia, eaque recentiora, exempla, quæ in tali materia deesse non possunt, sicco pede transeam. Quare in operis tributisque exigendis bonum pastorem imitentur imperantes, cujus est, pecus ton-

tondere, non deglubere, nisi contra naturæ instinctum velint in propriam ruinam properare.

§. III.

Excessus autem operarum variis contingit modis, primo si non sunt universales, quia ut prædio cohærent operæ; ita à quolibet possessore præstandæ sunt. *l. 6. §. 4. l. ult. §. 24. ff. de muner.* Unde nobiles, prædia rustica ementes, ea intentione, quo immunitatem ab operis consequantur, eximendi non sunt. Id ipsum expresse dispositum legitur in der Weymarischen Landes-Ordnung *Tit. 36.* Daß die vom Adel erkauffete Bauer-Güter denen Diensten und Beschwerden verhafftet bleiben. Res enim transit cum onere suo. *l. 16. C. de remiss. pign. l. 2. C. de distr. pign.* Brunnemann. *ad l. 2. C. de priv. Dom. Aug l. f. C. de exact. trib.* Caspar Klock. *de Contribut. cap.* 14. Joh. Otto Tabor *de Metat. p. m.* 97. Atque adeo hodiernæ praxi dicta hæc sententia congruit, ut quibusdam in locis nobiles sine speciali Principis sui permissu rustica prædia emere prohibeantur, ne forte illorum qualitas serviendi in damnum domini & reliquorum subditorum successu temporis mutetur. Huc respexisse videtur die Magdeburgische Policey-Ordnung *cap. 26. §. 7.* Die Aecker, Wiesen, und andere liegende Güter, darauf Dienst oder andere Pflichten stehen, sollen bey Verlust derselben, zu Dienst- und Unpflichts-freyen Huffen oder Höfen nicht geleget oder gekauffet werden. Addatur *Ordinat. Polit. Anhalt. Tit.* von Bauer-Gütern. Deinde excessus etiam committitur in tempore, si quando operæ nocturnæ imperantur, quas regulariter non deberi, religiosus non minus, quam juris callentissimus Brunnemann. demonstrat *ad l. 18. ff. de oper. libert.* Cum diurnum sint officium *l. 1. & 3. ff. de oper. liber.* Ergo per diem præstentur de mane usque ad vesperam. Ziegler. *ad Prax. Calvol. §. Nobiles, n.* 151. Et eleganter Gajus JCtus *in l. 22. §. f. ff. de oper. libert.* præscribit: *ut temporis spatia, quæ ad corporis curam necessaria sunt, libertis* (subditis) *relinquantur.* Gemina habentur *in l. 50. §. 1. ff. de oper. libert.* In de meridiano tempore acquiescere, die Mittags-Ruh halten, permissum erat. *l. 26. pr. ff. de oper. libert.* Expediendi tamen casus sunt, si tales operæ consuetudine legitima introductæ, aut pacto conventæ, aut ob publicum periculum necessariæ, e. g. in bellis, daß sie die Strassen bereiten. Matthias Coler. *dec.* 180. Daniel Mœller.

in

in Comment. ad Const. Sax. 51. *n.* 2. Joh. Francisc. Balthasar. *de oper. subd. cap.* 23. Denique operarum excessus à dominis committitur in illicitarum impositione. Nam demum impositæ intelliguntur, quæ sine turpitudine & vitæ periculo præstari possunt. *l.* 38. *ff. de oper. libert.* Hermannus Stamm. *de Servit. Personal. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 10. Sævitiæ vero specimen est, daß die Unterthanen schändliche Dienste oder gar mit Lebens-Gefahr vollbringen sollen. Quo casu mandata sine clausula contra nobiles impetrare rusticos posse, nullus dubito, secundum ea, quæ tradit Petrus Friderus *de mandat. lib.* 2. *cap.* 34. §. 8. *seqq.* Quisque enim Princeps inhibere debet, ne potentiores viri humiliores injuriis afficiant aut innocentes opprimant. *l.* 6. §. 2. *ff. de off. Præs.* Strykius *in Disput. de abusu juris quæsiti.*

§. IV.

Satis de operarum excessu, in quo altera murmurandi causa latuit, dictum est. Verum dubiæ quorundam rationes mihi, ad alia progressuro, moram injiciunt. Ex multis hanc in medium proferre liceat: Operas indeterminatas, ungemessene Dienste, dari; Ergo excessum non posse murmurandi causam esse. Sed tales operæ civiliter intelligendæ sunt, quales æquitatis regula permittit, ne vires ac fortunæ subditorum penitus exhauriantur. Neque enim eo sensu vocantur indeterminatæ, quasi in infinitum extendi possint, sed quod nullo tempore & modo circumscriptæ, ac toties in anno præstari debeant, quoties à dominis exiguntur. Brunnemann. *in Comment. ad ff. l.* 30. *de oper. libert.* Andreas Gailius. *lib.* 2. *obs.* 62. Casp. Klockius *de Contribut. cap.* 2. *n.* 54. ut tamen eatenus moderata sit dominorum exactio, auf daß die Unterthanen und Dienst-Leute wider Möglichkeit nicht beschweret, auch ihnen, sich selbst, Weib und Kind zu nähren, Zeit, Weil und Gelegenheit gelassen werde. Quare forensis experientia quemque docet, ad operas indeterminatas obligatos non quaslibet, sed solitas præstare; de Lyncker *in Dec.* 546. *&* 608. quod in universum operæ rusticorum sunt stricti juris. Carpzov. *part.* 2. *const.* 52. *def.* 6. *& lib.* 1. *resp.* 56. Inde etiam evenit, ut in dubio, tametsi certæ operæ sint expressæ, eas potius restrictive, quam demonstrative intelligendas esse, observent Brunnemann. *ad. l.* 30. *ff. de oper. libert.* Berlich. *part.* 2. *dec.* 285. ne subditorum conditio deterior fiat.

Digitized by Google

§. V.

Præterea hæsitantem me reddit hæc ratio: Operas arbitrio dominorum commissas esse, so offt die Herrschafft der Unterthanen gebrauchen wolte. Ergo in exigendis operis domini excedere nequeunt, multo minus murmurandi ccusam præbere. Sed quamquam Jon. Euch. Erhardus *de oper rust. cl.* 23. eumque impigre secutus Joh. Franciscus Balthasar *de oper. subd. cap.* 12. istud pactum subditorum cum domino invalidum pronunciant per *l.* 35. §. 1. *ff.* & *l.* 13. *C. de Cont. E. V.* mihi tamen hæc sententia eo minus se probat, quo clarius apparet, modo dicta formula nihil conventum esse ultra indeterminatas operas. Ac proinde dominorum arbitrium, cui commissæ sunt operæ, ad laudatam æquitatem iterum redigi debet, de qua in præcedentibus verbose disserui. Maxime vero expedit, operas ita indeterminatas, tum ad evitandam rusticorum murmurationem, tum ad commodius obeunda rei famiaris negotia, quantocyus fieri potest, determinare. Equidem ab ipsis dominis determinatio suscipi nequit, quia in tali casu non Judicis, sed actoris vicem sustinent. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 54 Unde illam determinandi facultatem der hohen Landes-Obrigkeit tribuit Besoldus *cons.* 189. *n.* 20. Et sane constat, sibi Electorem Saxoniæ in terris suis eandem reservasse *Noviss. Elect. August. part.* 2. *cap.* 52. In ipsa autem determinatione operarum diligenter attendenda est (1.) consuetudo loci, quantas alii ejusdem loci & generis homines operas præstent; (2.) prædiorum possessio, cum pro quantitate illorum operæ distribuendæ sint; (3.) vitæ conditio & sustentatio, ut tantum tempus subditis indulgeatur, quo sibi ipsi victum quærere possint; (4.) onera, quibus alias obstricti sunt. Operæ enim ita exigendæ, quo & aliis oneribus ferendis sufficiant. Mevius *in part.* 4. *dec.* 133.

§. VI.

Tertia nunc succedit murmurationis causa, quæ in operarum mutatione deprehenditur; ideo subditis exosa, quod cum antiqua observantia minus conveniat, quam velut pro regula onerum suorum subditi æstimant, quemadmodum sub initium hujus capitis probatum

sum ivi. Accidit vero illa mutatio variis ex causis, præcipuas tantum indicare, necessarium erit. Quodsi enim de loco ad locum transferantur, wann ein Edelmann zwey Ritter-Sitze hat, und wolte die Dienste von einem auf den andern verlegen, aut si in bonis feudalibus illis uti non cupiat, ad allodialia eas adhibuerit; de Lyncker *dec.* 298 nisi operis translatis subditorum conditio non fiat deterior. de Lyncker *in Dec.* 1442. Deinde cum subditi alternative obligantur ad operarum vel pecuniæ præstationem, domini vero electionem sibi arrogant, murmurandi subministrant occasionem, quia manifesti juris est, in alternativa rerum obligatione electionem esse debitoris; subditi autem hoc casu debitores existunt; Ergo dominus jus eligendi eis auferre non potest. Carzov. *lib.* 1. *resp.* 52. Porro cum augentur, vel mutata, vel manente, earum specie, cum invitis subditis hoc suscipi nequeat; Carpzov. *l. c. resp.* 56. quia ne quidem natura subditis inhærent, verum pactis & conventione debentur. Georg. Frantzkius *lib.* 2. *resol.* 15. *n.* 25. Inprimis autem id procedit in determinatis operis, in denen gewissen, gesetzten und gemessenen Diensten, quæ alias mutari & extendi non possunt per *l. pen. C. de agr. & cens.* Carpzovius *lib.* 1. *resp.* 154. Sic operæ vectoriæ, die Vorspann-Frohnen, quæ rusticorum sunt, à civibus male exiguntur; de Lyncker. *Cons.* 113. *n.* 93. & 94. quia non tenentur subditi ad alias, quam ad quas illi se pactis obstrinxerunt. Idcirco operarum debita non ex investitura petenda sunt; de Lyncker *dec.* 859. sed ex recessibus, observantia, nec non ex libris domini, daß die Hand- und Acker-Frohnen nach der Specification in dem Erb-Buch geleistet werden.

§. VII.

Ad mutationem referri potest cessio operarum, acri multorum disceptatione defensa: vel quia operæ non tam personæ, quam prædio cohærent; Matthias Colerus *de Process. execut. part.* 1. *cap.* 9. *n.* 91. idque per rusticum forensem illustrat de Lyncker *dec.* 813. vel quia fructus sunt minimum bassæ jurisdictionis. Joh. Francisc. Balthasar *de Oper. subd. cap.* 7. Quibus tamen non obstantibus, persuasissimum mihi habeo, cessionem operarum sine discrimine non permittendam esse, aut si quando permittatur, justificam murmurationis

causam fore. Cum facile accidat, cessionarium esse hominem nimis acerbum, qui in exigendis operis modum nullum teneat, aut longe dissitum habere domicilium, quod sine maximo subditorum detrimento summaque viæ molestia adiri nequeat *l. 20. §. 1. & l. 21. ff. de oper. libert.* Quare tunc ipsa æquitas suadet, ne istis casibus subditi ad operas cessionario præstandas adstringantur, sed potius liberentur. Mevius von Absolgung der Bauers-Leute *qu. 2. n. 94.* Fridericus Husanus *de Hom. propr cap. 6. n. 89.* Alias autem murmurandi causas, quæ scopum meum non feriunt, lubens prætereo, ut eo citius ad ultimam dissertationis meæ partem perveniam.

Caput III.

De Murmurationis effectu quoad impediendam Præscriptionem.

SUMMARIA.

Præscriptione operæ aliaque onera contra subditos acquiruntur.
Dubia tantum est temporis determinatio.
Aliqui longi temporis præscriptionem applicant.
Ratio eorum est, quia operæ sunt servitutis species.
Nonnulli longissimi temporis præscriptionem eligunt.
Rat. ut à probatione tituli præscribentem liberent.
Examine utriusque sententiæ suspenso in re præsente concluditur:
Murmurationem sive expressam, sive tacitam impedire omnem præscriptionem. §. 1.

Rat. 1.) quia excludit titulum.
Nova igitur ac insolita onera sine titulo præscribi nequeunt.
Excipitur (a) vi homagii subditos ad hæc onera teneri sine titulo.
Resp. Homagium ad ordinaria & solita, non ad extraordinaria & insolita constringit.
(b) Immemorialem temporis lapsum esse loco tituli.
Resp. In rebus indifferentibus, non autem in rebus iniquis. In quibus temporis quoad acquisitionem juris nulla efficacia est.
(c) Ex patientia & usu nasci titulum in rebus incorporalibus.

Resp.

Resp. Distinguendum inter patientiam veram & simulatam.

Deinde facilior est præscriptio privati contra privatum, quam imperantis contra subditos.

Denique murmuratio incidens in operarum exercitium omnem patientiæ effectum impedit.

Rat. 1.) quia violentia domini est gravamen continuum.

2.) quia murmuratio est species contradictionis extrajudicialis.

3.) quia non valenti agere nulla præscriptio currit; ita autem se habet cum subdito.

Lopezii justa reprehensio laudatur. §. 2.

II. Quia turbat in quasi possessione.

Ubi quieta non est possessio, ibi nulla procedit præscriptio.

Excipitur, de onerum & operarum exsecutione.

Resp. Non ex debito, sed precario facta est.

Subditorum patientiam in possessorio sive summario, sive ordinario non prodesse dominis, probatur.

Patientiam veram ad possessionem jurium necessariam esse, demonstratur

(1.) ratione,

(2.) ordinatione Politiæ Magdeburgicæ. §. 3.

III. Quia in mala fide constituit.

Rat. à definitione m. f. petita.

Excipitur, dominos habere potestatem à Deo & Legibus onera imponendi subditis; Ergo in mala fide non constitui per murmurationem.

Resp. Nisi terminos ejus excedant ratione modi, objecti aut finis.

Omnis præscriptionis fundamentum esse bonam fidem, probatur jure Canonico,

Germanico, in specie Magdeburgico.

Neque longissimi temporis, neque immemorialis præscriptio eximitur.

Paciani testimonium commendatur. §. 4.

Sequuntur objectiones, quarum (1.) Murmuratio est subditorum quasi protestatio; Ergo operarum indebitarum executio ei contraria illam infirmat.

Resp. Distinguendum inter actum & agentium intentionem, quæ ex duobus malis minus eligens, in hoc cum præjudicio non consensisse videtur.

Executio itaque operarum non tam facienti, quam cogenti imputanda est.

Testimonium Harprechti adducitur.

Mevii dissensus cum hac sententia conciliatur.

Murmuratio enim non tam subsequens, quam incidens quoad operarum executionem tollit dominorum præscriptionem. §. 5.

(2.) Murmuratio, licet titulum excludat; tamen præscriptionem impedire nequit, quia ut servitutum; ita

ita operarum præscriptio sine titulo procedit.

Resp. Neque servitutes sine titulo præscribuntur.

Rat. (1.) quia rebus immobilibus comparantur in puncto præscriptionis.

(2.) quia nusquam in jure quoad titulum præscribendi excipiuntur.

A Struvio & Bonaventura Frantz. objectæ Leges solvuntur.

Lex quidem 10. ff. si servit. vind. de servitute acquisita explicatur.

Lex vero 2. C. de servit. per analogiam juris cum dicta sententia conciliatur.

Q. An quasi possessio jurium relevet ab onere probandi titulum? Neg. §. 6.

(3.) Metus reverentiæ est pars obedientiæ; Ergo subditi ex eo operas præstantes, tametsi murmurent, præscriptionem impedire non possunt.

Resp. Nisi in metum violentiæ degeneret.

Unde procedens murmuratio vitiat omnem domini putativam possessionem.

Explicatur textus juris Saxonici oppositus.

Nempe non de vitio possessionis, sed de tituli defectu in possessore agit, §. 7.

Applicatio ad præcipuos casus hic subjicienda est, quorum

1.) De Protectore, contra clientes suos jus collectandi præscripturo.

Quorum murmuratio præscriptionem impedit;

(1.) quia cliens est socius, non subditus;

(2.) quia metu justo compulsus magis dissentit, quam consentit;

(3.) quia species protestationis est murmuratio.

Hugonis Grotii pusillanimitas reprehenditur.

Paciani & Matthiæ de Afflictis consensus cum opinione nostra ostenditur. §. 8.

2.) De Principe, tributa extraordinaria contra subditos præscripturo.

Quorum murmuratio etiam impedimento est.

Rat. 1.) quia proportio tributorum cum necessitate est anima illorum.

2.) quia pro defensione Reipublicæ in periculum adductæ solvuntur.

3.) quia murmuratio est contradictio extrajudicialis.

Causa hujus murmurationis justifica.

(a) destinatio tributorum ad alium finem;

(b) inæqualis eorum impositio;

(c) applicatio ad res steriles.

Exemplum de maritagio expenditur.

Q. Cur tributum ein brummendes Bår *appelletur? §. 9.*

Q. An subditi ad juratam bonorum professionem citati murmurare possint?

Affirmantem sententiam defendit Ravenstrunck, ob periculum perjurii.

Con-

Consilium ejus de professione sub comminatione pœnæ examinatur.
Negantium sententia præfertur
(1.) *quia vacillanti hominum fidei obicem ponit fortiorem.*
(2.) *quia cum Legibus Romanis & Germanis convenit.*
(3.) *quia fori observantia nititur.*
Cautela Carpzovii de juramento credulitatis laudatur. §. 10.
Ratio connexionis & repetitionis.
Transitus ad casum.
3.) *de Nobili, operas insolitas contra rusticos præscripturo.*
Rat. Quia cum murmurant, protestantur.
Rationes superiores repetuntur.
Rusticorum exceptio contra has operas examinatur, & tanquam periculosa rejicitur.
Occasio periculi ex devolutione oneris probandi, sub quo facile succumbere possunt
ob præsumptionem pro domino;
amissionem instrumentorum;
mortem testium.
Formula sententionandi in hoc casu. §. 11.
4.) *de consuetudinis præscriptione tractat, per murmurationem impedita:*
Rat. 1.) *quia consuetudo per actus liberos, non metu extortos introducitur.*
2.) *quia in murmurante, tametsi agente secundum mores, deficit animus introducendæ consuetudinis.*
Object. Contradictio juvat, non impedit præscriptionem consuetudinis: Ergo nec murmuratio, quæ illius species est.
Resp. Distinguendum est (1.) *inter consuetudinem introductam & introducendam.*
(2.) *inter contradictionem judicialem & extrajudicialem.*
Ubi consensus tacitus, ibi titulus præscribendæ consuetudinis deficit.
Laudatur Schambogen sententia.
Limit. quod magis in populari, quam Monarchico statu procedat.
Schraderi testimonium adfertur: §. 12.
Q. An murmuratio novæ Legis introductionem impedire possit?
Resp. Neg.
Rat. 1.) *quia Lex invitis datur.*
2.) *quia murmuratio hoc casu species resistentiæ est.*
Object. De acceptatione subditorum.
Resp. Illa non est necessaria, quia actus subditorum Legem confirmare nequit.
Ampl. Ad majorem civium partem, quæ murmurat.
Francisci Suarezii opinio limitatur
1.) *quoad tempus præscriptionis,*
2.) *per patientiam Principis,*
3.) *adhibita distinctione inter Legem justam & injustam.* §. 13.
Ratio connexionis indicatur, quantum attinet ad casum.

5.) De

5.) *De Præscriptione debiti, quam murmuratio creditoris impedit.*

Rat. (1.) *quia debitor in mala fide est.*

(2.) *quia negligentia exigendi in creditore compensatur cum negligentia solvendi in debitore.*

Ergo cessat pœna negligentiæ.

(3.) *quia ex Germanorum mente creditoris murmuratio est extrajudicialis interpellatio.*

Egregium Cothmanni hac de re testimonium inseritur.

Heres tamen debitoris præscribere potest. Ratio, quia mala fides defuncti vitium personale est.

Limit. Nisi ipse heres debiti conscius fuerit.

Conclusio. §. 14.

§. I.

EXpediti juris est per præscriptionem operas, aliaque onera, à subditis acquiri. *l.* 20. *pr. C. de agr. & cens. lib.* 11. Quæ opinio adeo Legum interpretibus placet, ut in definiendo præscriptionis tempore saltem fluctus moveant. Joh. Francisc. Balthasar *de Oper. subdit. cap.* 9. *p.* 193. *seqq.* Casp. Klock. *de Contribut. cap.* 2. *n.* 46. Thom. Maulius *de Homagio T.* 4. *n.* 2. Sunt, qui longo tempore illas præscribi arbitrantur, ea imbuti ratione, quia operæ sunt species servitutis; At quælibet servitus longo tempore, hoc est, decem inter præsentes, viginti annis inter absentes, præscribitur, *l. ult. C. de præscription. long. temp. l.* 1. *C. de servit.* cum rebus immobilibus eandem accenseri, certum sit *per l.* 3. §. 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. l.* 10. §. 1. *ff de usuc. & usur.* Nonnulli lapsum longissimi temporis, triginta annis circumscriptum, exigunt, per *l.* 23. §. 1. *C. de agr. & cens. lib.* 11. *l.* 6. *C. de fund. rei priv. lib.* 11. der Landtags-Abschied Ducatus Brunovicensis *de anno* 1597. §. 1. 2. eo conducentem, ne titulum possessionis suæ domini per longas ambages probare debeant. Mevius *tr.* von Absolgung der Bauers-Leute *qu.* 2. *n.* 134. Ex tanta enim subditorum patientia in præstandis operis titulum pro donato præsumi contendunt ex *l.* 5. *C. de Præscript. longiss. temp. l.* 8. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Inter has igitur discrepantes sententias, de quarum veritate inferius agam, id quidem mihi liquidum esse videtur. Quemadmodum

admodum operæ & reliqua subditorum onera acquiruntur præscriptione; ita hæc murmuratione sive expressa, sive tacita, impediri possit.

§. II.

Murmuratio enim excludit titulum, sine quo tamen novorum aut insolitorum onerum præscriptio eo minus procedit, quo majorem quandam isthæc præ se ferunt servitutis speciem, uti liquet arg. *l. 4. ff. si quis à parent. manumiss. l. 10. ff. de obsequ. par. præst. l. 26. §. 12. ff. de condict. indeb.* Subditos vero omnes, maxime illos, qui honestioris ac liberioris sunt indolis, in censum servorum referre à moribus Germanorum alienum est. Quamvis contra ipsos militare videatur, quod ratione subjectionis & vi præstiti homagii ad onera operasque cuncti in Republica subditi constringantur: adeo, ut, qui ab eis prætendat vacationem, illam legitimis modis probare teneatur *c. 7. pr. de privileg. in 6to.* Nihilominus quoque concedendum erit, hanc obligationem valere de ordinariis, solitis, & antiquitus receptis oneribus, à quibus prætextu murmurationis nemo liberatur, sed potius ad ea jure meritoque compellitur. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 56. *n.* 4. 5. Gail. *lib.* 1. *obs.* 17. Nova igitur, dura atque insolita hic diligenter examinantur, *vid. cap.* 2. §. 1. 2. quorum præscriptio, ob intervenientem libertatis præsumtionem, titulo novo eoque justo indiget. Neque ex solo temporis immemorialis lapsu lapsu titulum repetere licet: quippe quod rei per se iniquæ robur nullum circumponere, aut vitium coactionis metusve purgare potest. Si ergo generale temporis nomen Principes, aut nobiles quoad imposita onera, tantum jactaverint, contra eos judicandum esse, magna animi constantia pertendit Antonius de Padilla *ad l. 2. C. de servit.* Alias quidem manifestum est, res incorporales, quibus jus operarum, tributorum, aliorumque onerum connumerandum est, juxta §. 1. *h. cap.* per exercitium & usum cum patientia & scientia ejus, qui declinare eas pro viribus poterat, apprehendi dicuntur *per l. 15. in f. l. ult. ff. de servit. l. 1. l. 3. ff. de usufr. l. ult. ff. quemad. serv. amitt. l. 9. ff. de petit. hered. l. 11. ff. de publ. in rem act. l. 2. C. de serv. l. f. C. de long. temp. præscript.* Sed hic sermo de subditis instituitur, cum leges citatæ de privato contra privatum præscribente agant. Enimvero subditi domnis suis,

Digitized by Google

utpote potentioribus, pares viribus suis esse nequeunt, ideoque, ne ipsorum tanquam imbecilliorum patientia, quæ sæpe in jus transit, demonstrante Hug. Grotio *lib.* 1. *de J. B. & P. cap.* 3. §. 21. *n.* 11. eundem in præstatione onerum ac operarum effectum sortiatur, murmuratione sive expressa, sive tacita, opus est. Licet igitur in solutione tot onerum intolerabilium diutissimo & longævo tempore perseverassent, dominorum tamen præscriptio non convalescit, tum propter continuum, à violentia iniqua dominorum illatum, gravamen: Violenta autem possessio nullam habet præsumptionem tituli; de Lyncker *dec.* 141. tum ex eo, quod dicta murmuratio, etiamsi tacita, vim uti contradictionis extrajudicialis *cap.* 1. §. 1. ita interrumpendæ ac impediendæ præscriptionis habet. Joh. Baptista Costa *de Jur. & Fact. ignor. cap.* 2. *dist.* 27. *n.* 6. Menochius *consil.* 437. Joh. Guttierez *lib.* 1. *Pract. qu.* 92. Inprimis vero Georg. Lopez *ad LL. Partit. Hisp.* 7. 25. *L.* 6. *Gloss.* 2. *partit.* 4. gravissime invehitur in terrarum dominos, onerum exactionem in solo tempore immemoriali fundantes, & contra quoscumque, nullum alium titulum, quam consuetudinem in servitiis de jure indebitis, allegantes, quod sola subditorum murmuratio hoc temporis præsidium dissipare possit. Qua accedente, si præterea quidpiam inferior in rem suam à superiore committi patiatur, hæc illius patientia pro consensu neque habenda *l.* 1. *C. de bon. matr.* neque titulum producere apta est, quoniam is, qui pacis externæ causa cedit, dum non valet agere propter superioris potentiam, jus suum per murmurationem tuetur.

§. III.

Porro murmurationem quoque dominos turbare in quasi possessione onerum ac operarum indebitarum, atque ita præscriptionem impedire, haud ægre constat, quia hæc quietam & justam possessioem requirit, *arg. l.* 5. *f. de usucap.* Hug. Grotius *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 4. §. 9. Gebhardus *de Usucapionibus cap.* 4. §. 4. Quemadmodum vero subditorum murmuratio, tametsi tacita, huic contraria est; ita pro actu possessionis turbativo recte habetur: Philippus Decius *cons.* 694. Fac igitur, dominos modo dicta onera imperasse subditis, potius ea ex reverentia aut familiaritate præstabunt, ne forte durius

rius aliquod malum per omissionem sibi attrahant. Neque in dubio pro subditis alia valet præsumptio, non ex debito, sed ex precario eos servitia præstitisse. *l. ult. ff de itin. act. priv. l.* 41. *ff. de a & a. p. l. f. ff. quem. serv. amitt.* Bartholom. Cæpolla *de S. P. U. cap.* 20. *n.* 1. 2. Verum quæ jure precario fiunt, jure possessionis fieri nequeunt. *l. 6. §. 2. ff de precar.* Jac. Menoch. *de A. J. Q. lib* 2. *cap.* 16. Joseph. Mascardus *de probat. cl.* 1150. *n.* 9. Gerhard. Feltmann. *dec.* 11. *decis.* 1. *num.* 26. Præterea juris præsumptione vis metusque contra dominos apparet, quoties indebite à subditis aliquid extorquent. *c. 6. C. X. qu.* 3. *l. f. §. 1. ff. quod met. caus. l. 1. l. 3. ff. de alien. jud. mut. caus.* Ac proinde subditorum patientia, quæ violentiæ dominorum, licet cum tacita murmuratione conjuncta cessit, in possessorio eis nihil quidquam proficit. Klock. *T.* 1. *cons.* 28. Cravett. *cons.* 643. *n.* 9. *& cons.* 688. *n.* 12. Si quid enim dominis prodesset, aut in summario aut in ordinario id contingeret: Non autem in illo, quia domini præsentem allegare possessionem nequeunt, utpote quam subditorum murmuratio evertit; Neque in hoc, cum antiquam ac titulatam possessionem probare teneantur. *cap.* 9. *X. de probat.* Sed titulo carere dominos, novas ac insolitas operas præcipientes, eisque subditos ad murmurationem usque adfligentes, paulo ante §. 2. deductum est. Quoniam igitur tantum præscriptum, quantum possessum, inde firmiter concludi potest: Dominos contra murmurantes subditos præscribere indebitas operas non posse, quia in facto consistunt; ubi itaque indicuntur, & à subditis jure contradicitur, ibi necesse est, quasi possessionem dominorum cessare. Stryk. *in not. ad Compend. Lauterbach. tit. de Oper. serv.* Optime vero hanc sententiam confirmat die Magdeburgische Policey-Ordnung *cap.* 82. §. 5. Daß die *Jura incorporalia* anderer Gestalt nicht, als wann sich die *Possession* oder der Besitz mit Vorwissen und Gedult des Gegentheils angefangen, verjahren.

§. IV.

Accedit, quod in mala fide dominos constituat subditorum murmuratio. Cum satis ex ea intelligere possint, se indebitas operas imposuisse. Mala enim fides est conscientia rei alienæ aut præstationis indebite exactæ. *l. 2. §. 1. l. 7. §. 4. ff. pro emt.* Equidem à Deo, legibus & pactis habent domini potestatem operas aliaque

 servitia

servitia exigendi, sed limitatem, cujus terminos sine grandi peccato excedere non possunt. Ubi igitur excessus, de quo *cap. 2. §. 2. & 3.* actum est, ibi mala fides. Inprimis quando per ministros libera subsidia blande postulant, sed paulo post secretis comminationibus voluntati vim faciunt. Mores istorum dominorum verbosius exprimit Wilhelm. Ferdinand. ab Effern *in Manual. polit. lib. 3. pag. 9.* quam ut testimonium ejus hic inseri queat. In præsenti vero mihi sufficit, quod propterea murmuratio novarum ac insolitarum operarum præscriptionem impediat, quia bonam fidem excludit, malamque superinducit; cum tamen bona fides ad omnem præscriptionem, tanquam fundamentum, requiratur, non modo jure Canonico, quod hac in re juri Civili præferendum est, per *cap. ult. X. de Præscript. cap. 5. 7. X. eod.* sed & Germanorum Legibus & moribus approbatum, de quibus abunde testantur Struv. *Synt. Jur. Civil. Exerc. 43. th. 21.* Carpzov. *lib. 1. resp. 40. n. 13.* Daniel Mœller 2. *Semestr. 18. n. 3.* Rauchbar *part. 2. cap. 28. n. 31. 33.* Hahnius ad Wesenbeccium *Paratit. ff. n. 1.* Franciscus Niger Cyriacus *part. 2. Contr. For. 321. n. 48. & 49.* Qua de causa iterum mihi laudanda est die Magdeburgische Policey-Ordnung *cap. 52. §. 4.* Es sollen die im Heil Römischen Reich dißfals übliche Canonische oder geistl Rechte, welche wollen, daß jede Verjährung ihren Grund in bona fide oder gutem Glauben legen, auch in diesem Hertzogthum Magdeburg in solchem Stücke behalten werden. Ex quibus liquet, non errare Legum Doctores, adeo necessariam esse bonam fidem, statuentes, in præscriptionibus, ut ne quidem præscriptionem longissimi temporis cum mala fide procedere, permittant. Carpzov. *lib. 1. resp. 49.* Imo nec immemoriali tempore malæ fidei possessorem præscribere posse, post Klockium *Tom. 2. consil. 48. n. 4.* Zasium *Tom. 2. consil. 160. n. 15.* tradit de Lyncker *dec. 1470.* Certum itaque est, murmurationem, quantumvis tacitam, omnem interrumpere præscriptionem, saltem apud Deum, ut pie infert Fulvius Pacianus *de Probat. lib. 1. cap. 29. n. 80.*

§. V.

Sententiæ vero, in præcedentibus demonstratæ, rationes non contemnendæ opponi possunt. Quarum (1.) murmuratio se habet per modum contradictionis extrajudicialis, uti patet *ex cap. 1. §. 1.* Sed

Sed quoties facta contradictioni aut protestationi contraria admittatur, toties ad illam protestantes frustra confugiunt: ideoque in casu præsenti, nec murmurantes subditi ad murmurationem suam provocare possunt, cum operas interea dominis suis exhibuerint. Et sane fateor, si actum considero & agentium intellectum, est voluntas quædam expressa, ipsoque operarum exercitio non dubie declarata, qua inter duo mala subditi minus eligunt. Ita enim indebitarum operarum molestias præferunt pœnis dominorum longe gravioribus, uti arrestationi bonorum, pignorationi jumentorum, carceris inclusioni aliisve remediis pœnalibus, quibus domini ad operarum præstationem repugnantes subditos, quo jure, quave injuria compellere solent. Struv. *Synt. jur. civil. Exerc.* 49. *th.* 16. Andreas Gailius *de Arrestis cap.* 10. Hermann. Stamm *de Servitute perf. lib.* 3. *cap.* 24. Hahnius *ad tit. de Stat. hom. n.* 1. Sin vero mecum reputo intentionem, voluntatem & consensum facientium, est dissensus ac repugnantia tacita & intellecta *l.* 21. *§.* 7. *ff. quod met. caus.* Facta igitur hæc subditorum talia sunt, quorum causa movens est extra ipsos, non in ipsis, qui hic passive, non active agunt voluntque. Ex quibus manifesto patet, murmurationem, tametsi cum operarum præstatione conjuncta sit, adhuc jus subditorum conservare: quia executio illa operarum rectius actio cogentis domini, quam facientis eam subditi esse videtur. Atque hanc non simulatam, sed veram, ac in ipso foro receptam, Philosophiam gravissimo corroborat testimonio. Ferdinand. Christoph. Harpprecht *Vol.* 2. *conf.* 30. *Quoties subditi aliquid præstant, quod multos ante annos præstare non solebant, illud metu compulsi fecisse præsumuntur, & quamvis taceant*, suique DOMINI VOLUNTATEM EXEQUANTUR; NON *tamen habentur* PRO CONSENTIENTIBUS, *&*, *ad probandum ipsorum metum, vel tacitam murmurationem probari sufficit.* Quare ad rem non pertinet, quod dissensuro David Mevius *part.* 8. *dec.* 63. suggessisse existimatur, ubi unico actu majorem decimarum præstationem factam esse ostendit. Quandoquidem unicus iste actus in dominum ideo possessionem transferebat, quia à debitoris decimarum consensu processerat nec prius impugnabatur, quam eum reiterata esset exactio. Hic vero supponitur præstatio operarum non quieta & approbata, sed per murmurationem turbata & improbata; Ergo minus idonea, ut domino, easdem exigenti, possessionem adferre queat.

§. VI.

§. VI.

Et quoniam ad ſimilitudinem ſervitutis operas ſubditorum coarctavi, hinc objiciunt (2.) titulum non requiri ad ſervitutis præſcriptionem. *l.* 10. *ff. ſi ſerv vind. l.* 2 *C. de ſervit.* Struv. *Synt. Jur. civ. Exerc.* 13. *th.* 39. D. Joſeph. Bonaventura Frantz. *Comment ad Inſt. tit. de Servit. n.* 37. Ergo ad operarum præſcriptionem domino eundem neceſſarium non eſſe. Quemadmodum vero nusquam in jure ſervitutes prædiales excipiuntur, ne in illarum præſcriptione titulus exigatur; ita eo minus ad operas ſubditorum inſolitas, ſine titulo præſcribendas à dominis, quidquam concludere licet. Apertum quoque eſt in ipſo Jure Civili, quod eadem in rebus incorporalibus ſerventur, quæ in rebus immobilibus uſu veniunt *l. ult. in f. C. de præſcript. long. temp.* Atqui rerum immobilium præſcriptio nulla ſine titulo procedit *l.* 24. *C. de R V.* Præterea parum difficultatis in ſe continent Leges objectæ: quarum prior de ſervitute acquiſita agit, de qua neceſſe non eſt jus ſive titulum docere, prout in verbo *nactus ſit* reſponſio hæc confirmatur; ego autem de ſervitute acquirenda diſcepto. Neque poſterior lex probat internum dubium, cum plane non ſequatur: Requiritur ſcientia; Ergo excluditur titulus. Facit potius pro mea ſententia ipſe textus, ſi ad juris analogiam revocetur, quæ in rudi hoc litterarum ſeculo ſæpius omittitur. Quod ſi enim ſcientia adeſſe debet, neceſſe eſt, adeſſe titulum; cum alias ſcientia bonum initium habere nequeat, quod tamen præciſe poſtulat *l. ult. in f. C. de præſcript. long. temp.* Neque quaſi poſſeſſionem in rebus incorporalibus poſſeſſorem penitus relevare ab onere probandi titulum, conſtans eſt Practicorum opinio. Carpz. *lib.* 1. *reſp.* 67. *n.* 8. Richter *part.* 1. *deciſ.* 98. Qua de cauſa cum murmuratio titulum evertat, nec ipſa operarum novarum præſcriptio convaleſcere poteſt.

§. VII.

Magnam quoque dubitationis ſpeciem præbet ratio (3.) metum reverentiæ eſſe partem obedientiæ; Ergo cum ſubditi novas operas aliaque onera ex reverentia ſuſtinuerunt, tunc de jure ſuo remiſerunt, atque

atque consensu suo, etiamsi minus pleno, bonum initium præscriptioni dominorum præstruxerunt. Unde talis operarum præstatio, non impediente murmuratione tacita, in possessorio dominis contra subditos plurimum conducere videtur. Sic enim Saxonici Juris conditor præcipit: Man soll Niemand aus seinen Gewehr weisen, ob er gleich mit Unrecht darein kommen wäre. Land-Recht *lib. 2. art.* 24. quod cumprimis urget Caspar. Ziegler *ad Prax. Calv. §. Nobiles n.* 58. *&* 59. Quamvis autem ea, quæ de possessorio objiciuntur §. 3. maximam partem discussa sunt; nihilominus actum non agam, si etiamnum quædam illustrationis causa repetam. Nam in possessorio summario obtinet, ut ultimus possessoris actus inspiciatur *l.* 14. §. 2. *ff. de alim. legat.* ubi dicitur: *eam præstationem sequendam, quæ novissima fuerit.* Enimvero ille actus nec precarius, nec clandestinus, nec violentus esse debet. Mathias Wesenbecc. *conf.* 48. *n.* 20. Don Garsias Mastrillus *decis.* 52. *n.* 2 Cum igitur talem non scientia tantum, sed potissimum patientia subditorum in rebus incorporalibus formet, ceu probatum est §. 3. non video, qua ratione quasi possessio dominorum in exigendis operis consistere possit, saltem quoad ultimum actum, si continua murmuratione contra ejusmodi onera subditi displicentiam suam declarent. Certi enim juris est, quod contra illum, abs quo vitiose aliquis possidet, huic possessio non acquiratur per *l.* 1. *ff. uti poss. l.* 6. *pr. ff. de a. & a. p.* Joseph. Mascardus *de Probationibus cl.* 1197. *n.* 9. Ubi autem justa impatientia subditorum contra protestationes sive reales sive personales; ibi actus possessorius à dominis exerceri nequit. Neque Jus Saxonicum ad rem facit, agens, non de possessionis vitio, sed de tituli defectu in possessore: atque hoc intendit, ut domini, qui quasi possessionem operarum habent, à subditis vero turbati, tamdiu in ea manu teneantur, donec jus libertatis in petitorio deducatur ac indebita exactio demonstretur. Interim quod de metu reverentiæ opponitur, tantum non aufert scrupulum. Metuentes enim ac murmurantes sine periculo suo reclamare non possunt; inde nullatenus ipsi metu compulsi consentire censendi sunt, quia qui timent, non affirmant, & quando expresse non contradicunt; attamen tacite dissentiunt; Fulvius Pacianus *de Probat. lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 80. cujus postea dissensus sat idoneum signum est, sæpius dicta murmuratio.

§. VIII.

§. VIII.

Jactis nunc fundamentis, ac remotis, quæ obstare poterant, dubiis, proximum est, de murmurationis effectu, quantum ad præcipuorum casuum applicationem attinet, in quibus præscriptionem impedit, quædam subjicere. Siquidem tacita hæc murmuratio talem effectum habet contra Principes, quoties clientes suos, ihre Schirms-Verwandten, paulo debiliores, collectare pertentant. Nam sine timore gravioris periculi contra eos, quorum summam potestatem comiter observare tenentur, tam facile & aperte conqueri non possunt, secundum ea, quæ cum cura expendit Martinus Magerus a Schœnberg *in Advocat. Armat. cap.* 10.*n.*190. ideoque cedunt potius ac solvunt collectas, quam se novo periculo exponant. Propterea tamen obligatio easdem collectas in futurum præstandi non nascitur, vacillante illo præsidio, quod Principes, jus collectandi sibi arrogantes, in præscriptione reposuerant. Tacita enim murmuratio, quæ omnem præscriptionem interrumpit, hic imbecillioribus quoque clientibus prodest. Adeo, ut frustra sibi metuat Hugo Grotius *de J. B. & P. lib.* 1. *cap.* 3 §. 21. ne cum talia fiant, qui socii fuerunt, evadant subditi sub umbra clientelæ, servitutem adeuntes. Licet collectandi gravamina toleraverint; non tamen ex consensu, sed ex reverentia ac metu id factum esse præsumitur; verum illo, non hoc accedente quasi possessio juris oritur. Et supra demonstratum est, quod murmuratio sit species contradictionis, in eis deprehensæ, qui sine manifesto periculo reclamare non possunt. Unde non ineleganter Fulvius Pacianus *tr. de Prob. lib.* 1. *cap.* 29 *n.* 80. ait: *Quasi possessio injusta & violenta, quam allegant Principes, non potest eos tueri: quicquid sit de jure civili inter privatos, qui possunt habere copiam Judicis, quod secus est in Principibus, de quibus nullus sine damno conqueri potest.* Paciano comitem addere libet Matthæum de Afflictis, cujus hæc sunt verba *dec.* 282. *n.* 12. SOLA MURMURATIO *sat est contra Regem tyrannum ad interrumpendam præscriptionem collectarum, de jure non procedentium contra populum, qui non audet, aut non potest loqui contra ipsum Regem.*

§. IX.

Simili ratione statuendum est de tributis extraordinariis, quæ publica

publica necessitas aliave causa extorquet. Solvuntur quidem, non tamen sine murmuratione, quæ spem præscriptionis intercipit, ne eodem modo repeti queant. Maxime autem si proportio cum necessitate, quæ tributorum anima est, deficit, cum pro patriæ defensione exacta, postea in luxum convertantur, aut pro mœniorum refectione *l.* 3. *C. de quib. mun. nem. lic. se excus. lib. X.* collecta, deinceps in læta convivia impendantur. Murmurationem itaque populi eo casu quis improbare poterit? Nullum enim alium in usum, quam cujus ratione indicta sunt, converti debent tributa, puta ad defensionem ac conservationem Reipublicæ, R. I. *de anno* 1512. §. 26. Adeo, ne sit majus, quod patiuntur tributi solutione, quam illud damnum, quod foras timeri habeant subditi. Et quoniam cives gaudent æqualitate jurium; ita pari onerum pondere graventur. Neque vel odio vel gratia hi subleventur, illi deprimantur. *l.* 4. *C. quemad. civil. mun. ind. lib. X.* Inprimis eo dispiciendum erit, non quis valor cujusque rei sit, sed quos fructus exinde cives percipiant. Præcipua enim murmurandi occasio nascitur, quando rebus sterilibus tributa imponuntur. Joh. Bocerus *in tr. de Collectis cap.* 12. *&* 13. Quæ murmuratio eo fortius impedimentum præbet præscriptionis, quo certius demonstrari potest: quod causa tributorum sublata, ipsa cessare debeant. Andreas Gilmann. *Symph. Tom.* 1. *tit.* 2. *n.* 140. Joh. a Chockier *in Aph. Pol. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 7. David Mevius *in Comment. ad Jus Lubec. P.* 2. *T.* 3. *n.* 26. *seqq.* qui contra murmurabundos tributorum debitores varias monstrant executionum vias, quas scopo meo adversas, in præsenti non attingo. Ad rem magis conducit, quod Henricus Rosenthal de maritagio, von der Fräuleins-Steuer, in *Synops. de Feud. cap.* 5. *cl.* 77. *t. lit. C.* commemorat, scilicet, quod multorum Principum subditi eo casu quidem contribuerent, sed solum precario; indeque ejus rei Principes illis testimonium sub sigillo suo præbere debeant. Quicquid vero de precario monet, in murmuratione tacita etiam procedit: quorum illud vitiat quasi possessionem juris quæsiti; hæc acquisitionem juris plane impedit. Qua de causa istud tributum, quod pro elocatione filiæ Principis in matrimonium solutum est, accedente populi murmuratione, nec quoad modum exigendi, nec secundum quotam suam præscribi potest. Conf. Ahasv. Fritsch. *in tr. de Maritagio.* Memorabile est, quod Thom.

Reinesius *lib.* 3. *Var. lect. cap.* 1. tributum dici Bernam & ursum à Bohemio Benie, notaverit. Unde procul dubio Germanorum proverbium einen Bären anlegen traxit originem; idque apud Egranos horologium, quod singulis mensibus, rugitu suo, quem vocant der Bär brummet, eos de necessaria liberatione à jugo Bohemico admonet & interpellat. Sed liberum sit hac de re cuivis judicium.

§. X.

Cognitæ subditorum murmurationi, quæ circa tributa extraordinaria enata est, commode respondet ea disceptatio, quæ ad modum proferendi subditorum bona pertinet. An scilicet subditi ad juratam bonorum suorum professionem citati murmuratione sua eam recte declinare possint? ita visum est Rovenstrunck im Rechtlichen Bedencken von Anlagen *n.* 478. *p.* 83. ex ea potissimum ratione, quia multa committuntur perjuria, & juramentis non ludendum est. Unde alii ejus opinionem secuti, putaverunt, commodius illam bonorum professionem fieri posse, si sub pœna confiscationis subditi compellantur, vel ut data manu loco fidei bona sua revelent. Sed quoniam dicta pœna graviorem excitatura est murmurationem civium, ac paucis cum Augusto dicere licet: ego bonæ fidei sum. Hugo Grotius *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 13. §. *ult.* Ideo crescente hominum perfidia obtinuit observantia fori, ut subditi jurejurando adacti bonorum suorum professionem atque æstimationem facere teneantur. Henricus Bocerus *tr. de Collectis cap.* 12. *n.* 15. Casp. Klockius *de Contributionibus cap.* 17. Quo tamen casu cautela circa hoc juramentum observanda est Carpzovii *lib.* 4. *resp.* 74. ut de credulitate saltem jurent, ne subditorum conscientiæ nimis constringantur. Atque hæc etiam causa erit, quæ murmurationem subditorum avertere possit: quia omnia sunt Principis, non possessione, sed imperio. Hugo Grotius *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 3. §. 3. Cæterum ipse juratus profitendi bona sua modus non tantum in L.L. Romanis fundatus *l.* 2. *in f. C. quando & qu. quart. par. deb. lib. X.* sed etiam in juribus Germaniæ *R. I. de anno* 1544. §. Damit aber die rc. R. I. *de anno* 1595. *&* 1512. §. Ich schwer. comprobatus. Ut sileam varias provincias ac civitates Germaniæ, in quibus hunc profitendi bona modum usitatissimum esse ad

ad exemplum diligentis scripturæ, David Jo. Luedecke, Senior Scabinatus Regii meritissimus, *in Disputatione sua inaugurali de Jure Catastri th. 7.* excoluit, atque pro more suo præclare demonstravit.

§. XI.

Supervacuum mihi hic videbatur, ea retexere, quæ de murmuratione, operarum rusticarum præscriptionem impediente, in antecedentibus sparsim commemoravi; nihilominus quia istæ causæ in curiis Germaniæ frequentius agitari solent, perquam necessarium duco, ut modo tradita diligentius inculcentur. Stat igitur adhuc sententia: Dominos non posse novas, insolitas aut excessivas operas contra murmurantes rusticos præscribere, cum tacita imbecilliorum murmuratio omnem præscriptionis occasionem plane removeat, prout in terminis decidunt Georg. Frantzkius *lib. 2. res. 15. n. 20.* Joh. Francisc. Balthasar *de Oper. subdit. cap. 9. p. 215.* Casp. Ziegler *ad Prax. Calvol. §. Nobiles. n. 67. & 68.* Joh. Garsias *de Expensis cap. 9. n. 3.* Etenim murmuratio titulum elidit §. 2 in quasi possessione turbat, §. 3. atque in mala fide constituit. §. 4. Neque subditis vel præstatio vel continuatio ejusmodi operarum fraudi esse potest: quia ex murmuratione satis colligitur, eos coactos & per metum acquievisse, easque præstitisse operas. Vid. Anton. Thessaurus *dec. 16. n. 7. f.* Alias rusticorum nota est exceptio, quoties nobiles ultra consuetas operas aliquid exigunt: Wir wollen es gerne einmahl thun, aber wir befürchten uns es werde eine Gerechtigkeit daraus, thun wir es einmahl, so müssen wir es mehrmahl thun. Et quamvis unicus iste actus operarum, utpote ex familiaritate præstitus, neque in petitorio neque in possessorio nobilibus prosit: Casp. Klockius *Vol. 1. cons. 29. n. 265. & cons. 50. n. 254.* cum tamen, protestatione hac utentes, fuerint mortui, nec illius documenta reliquerint, tunc rustici probatione precarii recte gravari possunt, si semel operas, etiamsi sub ea exceptione, majores ipsorum præstiterunt: quia familiaritatis causa demum præsumitur, si alia causa non apparet. Brunnemann. *ad l. 41. ff. de a. & a. p.* Menoch. *de arbitr. jur. quæst. lib. 2. cap. 160. n. 20.* Casp. Mantzius *in Cent. 1. Dec. qu. 28. n. 24.* Hinc contra rusticos ita pronunciari solet: Da sie aber dennoch solche Dienste nicht aus Schuldigkeit, sondern aus Gutwilligkeit und zur Bitte verrichtet hätten, so die Unterthanen auch

dasselbe, wie recht beybringen und erweisen möchten, inmassen ihnen denn zu thun obliegt.

§. XII.

Et quia consuetudinem in *Cap.* 2 §. 1. pro operarum aliorumque onerum regula commendavi; hinc, filo boni ordinis ducente, tractandum superest, quod illam quoque murmuratio, quominus præscribatur, impedire possit. A consuetudine enim excluduntur actus metu extorti eoque secluso non faciendi. Ubi igitur murmuratio auditur contra mores utentium; ibi consuetudinis introductionem ac præscriptionem impediri, necesse est. Nam consuetudo non introducitur, nisi per actus, ejus introducendæ causa susceptos. Neque valet, nisi legitima præscripta *per cap. f. X. quæ sit long consu.* sed murmuratio obicem ponit. Quandoquidem actus facti ex solo metu, ita, ut, eo absente, non fiant, potius animo evitandi malum, quod agenti per metum intentatur, quam animo introducendæ consuetudinis suscipiuntur. Franciscus Suarez *lib. 7. de LL. cap.* 12. Debent enim actus subditorum liberi esse, & cum animo juris introducendi fieri, ubi consuetudo speratur, ne ultra intentionem agentium operentur *arg. l.* 32. 35. *ff. de LL.* Non obstante *l* 34. *ff. de LL.* secundum quam primo omnium exploranda est contradictio adversus consuetudinem; Ergo consuetudinis præscriptionem non impediet, sed adjuvabit subditorum murmuratio. Sane huic dubio facili negotio regerere possum, quod lex de contradictione judiciali & introducta consuetudine loquatur, mihi autem sermo sit de contradictione extrajudiciali & introducenda consuetudine per similes subditorum actus. Unde contradictio judicialis pertinet ad probandam consuetudinem, non vero ad introducendam: & quidem non exigentiæ, sed expedientiæ necessitate, de qua Glossa des Land-Rechts *sub Proœm. cl.* 4. die Gewohnheit soll zum wenigsten zweymahl in öffentlicher Wiederrede erhalten seyn. Quoquo autem modo hæc sese habeat controversia; tamen illud liquidum est, quod murmuratio interrumpat præscriptionem consuetudinis, quia tacitum consensum sufflaminat, quia alias loco tituli ad præscriptionem requiritur: Joh. Christ. Schambogen *Comment. ad Instit.* §. 9. *de J. N. G. & C. n.* 5. *p.* 61. si non ubique in Monarchia, cum ibi à libera & absoluta Principis voluntate procedat; nihilominus

nus in Democratia, in qua contra consuetudinem majore parte murmurante, ea per tacitum minoris partis consensum non inducitur: quoniam non hæc; sed illa jus integri cœtus habet; Ergo illius quoque tacito consensu ut introduci, ita dissensu, per murmurationem declarato, impediri consuetudo potest. Ne quid supperaddam cum Ludolpho Schradero *de Feudis part*, 10. *sect*. 20. *n*. 157. quod per actum contrarium etiam unicum & ab uno solo homine celebratum consuetudo interrumpatur, quo minus invalescat.

§. XIII.

Inter reliqua, ut hoc obiter ab instituto meo non alienum addam de novæ Legis introductione, quam murmuratio, quantacunque etiam fuerit, impedire non potest. Lex enim volentibus non datur, sed invitis; alias vim cogendi habere nequeat. Murmurare itaque erit, resistere ordinationi divinæ *Prov. VIII.* 15. *Rom. XIII.* 1. 1. *Petr. II.* 13. 14. Neque subditorum acceptatio in Lege requiritur, quorum nec observantia videtur necessaria esse *l.* 32. *ff. de LL.* Benedict. Carpzov. *part.* 2. *dec.* 101. Paul. Laymannus *in Theolog. Morali L.* 1. *Tr.* 4. *cap.* 14. cum actus subditorum legem confirmare non valeat. De quo contra Joh. Azorium *J. Moral. Tom.* 1. *lib.* 5. *cap.* 4. *qu.* 1. 5. Martinum Bonanicam *D.* 1. *de LL. qu.* 1. *punct.* 4. disputat, eorumque rationes latius perpendit Ferdinandus à Castro Palao *Op. Moral. P.* 1. *T.* 3. *D.* 1. *punct.* 13. Unde Lex Principis cives ejus, tametsi murmurantes, omnino obligat. Sed novam hic difficultatem movet Franciscus Suarez *lib.* 4. *de LL. cap.* 16. *n.* 9. *seq.* cum de majore civium parte murmurante agit, secundum regulam, quod fit à majore parte, censetur factum à toto *L.* 19. *ff. ad municip.* Enimvero illi hoc casu assentiendum esse, puto, quo tempus ad præscriptionem requisitum accedit. Legis enim obligatio tunc cessabit, quando, desuetudine per tantam Principis patientiam intercedente, victa est. Quinimo ipsa murmuratio tunc præscriptionem juris, à Principe prætensi, rursus impedit. Tutius tamen est, adhuc de Lege vel iniqua, vel nimis gravi, facere interpretationem, ne fortassis ea, quæ tacita murmuratio esse videtur, paulo post in seditionem erumpat.

§. XIV.

Post hæc tandem dispicere liceat de præscriptione debiti, quæ extra propositam quidem materiam esse censetur; nam huc usque disserui de subditorum murmuratione, qua præscriptionem dominorum impedire satagunt. Sed cum plurima verba fecerim de tacitæ murmurationis effectu, qui in impedienda jurium præscriptione sese exserit, non sine causa hæc de præscriptione debiti inseruntur. Maxime, quod Germani nostri de tacita illa creditorum murmuratione dubio procul cogitaverunt, cum in proverbio dixerunt de debitore, er habe einen brummenden Bär angebunden. Hinc debitor, etiamsi intra 30. vel 40 annos de debito non conventus; tamen præscriptionem opponere non potest, quia in mala fide hæret. Quomodo enim is, qui ipse debitum contraxit, ignorantiam allegare possit, non video. Stryk. *in Not. ad Compend. ff. Lauterb. L. 44. t. 3. vers. Moribus.* Ernest. Cothmann. *lib. 2. resp.* 60. *n.* 65. Ludov. Molina *de J. & J. T. 2. D. 66. n. 6.* Deinde si debitor negligentiam creditori exprobrare velit, quod ipsum non interpellaverit, meliori jure creditor de impudentia debitoris replicabit, quod tanto temporis lapsu, pro homine interpellantis, non solverit, quod debuerit. Brunnemann. *Cent. 3. dec. 13.* Mev. *part. 7. dec.* 173. Petr. Surdus *dec.* 158. *n.* 6. Id ipsum elegantissimis verbis confirmat modo laudatus Ernestus Cothmann. *d. Resp. n.* 55. 56. *pari ratione dicam, sicut creditori negligentia in non petendo objici potest; ita debitoris negligentiam in non satisfaciendo jure objici; quemadmodum enim Lex creditorem arctat ad petendum, ita Deus & natura Lex arctat debitorem ad solvendum: dicam deinde, peccatum mala fide præscribentis nequaquam tolli negligentia non petentis.* Aliter se res habet cum debitoris herede, quantumvis, in malam fidem defuncti succedere, videatur. *l.* 11. *ff. de divers. temp. præscript.* Franciscus Balbus *de præscript. part. 2. pr. qu.* 11. *n.* 12. Verum quia mala fides vitium est personale, heredem afficere nequit. Heredi igitur, in quantum debiti ignarus fuit, omissa per 30. annos interpellatione creditoris, per exceptionem præscriptionis omnino succurrendum erit. Præsertim quod Lex adducta, plane à scopo abludit. Ac præterea Jus Canonicum veram & positivam malam fidem respicit, in herede autem, si qua esse possit mala fides, quod tamen negavi & pernegavi, saltem

ficta

ficta erit, quæ peccatum non implicat. Didacus Covarruvias *in cap. 7. §. 9. n. 7. de J. l. in 6to.* Sic habes ea Lector Benevole, quæ temporis angustia suppeditavit, non quæ materiæ desideravit copia. Fateri enim sub finem cogor, me nunquam in animum induxisse, absoluti laboris edere specimen, aut cornicum oculos transfigere, quod multis disputantium nostra ætate solemne est, sed argumento non usque adeo divulgato, accedente charissimi Parentis auctoritate, diligentiam meam in arte juris probare. Si igitur voto meo respondit eventus, est, quod Deo, omnis bonis auctori, gratias persolvam uberrimas; Sin minus, divino ejus adhuc nitar auxilio, quo iniquam Momi murmurationem, non tacite, sed aperte gliscentem, æquiore animo perferre possim. Fatalis enim illa ingeniorum scabies me non invasit, qua sæpius eo deventum, ut, teste Seneca, epist. 95. 108. *omnes disputare, quam vivere malint.*

Dissertatio inauguralis de Prærogativa morum Germaniæ in concursu cum LL. receptis, Præside CASP. HEINR. HORNIO, J. U D. Pand. P. P. Curiæ Prov. Scabinatus, Facultatis Juridicæ, nec non Jud. Prov. in Marchionatu infer. Lusatiæ Assessore, Witteberge die 13. Octobr. MDCCII. JOH. ELIAS TREIBER, Arnst. Thur. Jur. Pr. Lips.

AD NOBILISS. ET CLARISS.

DN. CANDIDATUM,

Amicum & Fautorem honoratissimum.

LAudo tuum conatum, Clarissime vir, qui argumentum speciminis publici, quo jam defungi decet, selegisti, quod & dignitate & utilitate summa, imo & necessitate se maximopere commendat. Nemo enim, qui ad limina fori accessit, tam ignarus rerum, quæ coram tribunalibus aguntur, esse potest, ut nesciat, causas controversiasque offerre sese, quas vel jus scriptum sive

ſive domeſticum, ſive ab aliis gentibus acceptum, vel etiam mos Germaniæ patrius terminat, ac definit. Ut ergo tum ille, qui cauſas orat, tum etiam, cui Judicis impoſitum munus, recte & ordine agere, atque partes ſuas rite explere queat, multum profecto intereſt, exacte noſſe, quid tum iſtud ferat, tum vero hocce contineatur, diſcernereque ſtudioſe inſtituta majorum ab illis legibus, quæ peregrinos natales habent, ac denique intelligere, ex quo fonte deciſio litis haurienda. Namque vix credere poſſum, hodie ullum dari, qui, quod remotiores à noſtro ævo facere ſolebant, ſibi perſuadeat, admiſſo Romano Jure in Germania omnes mores antiquos, legesque patrias abrogatas ſimul eſſe, poſtquam nullum idoneum argumentum ex monumentis rerum in lucem produci potuit, quod ſententiam iſtam firmet, atque publicæ Leges Imperii promulgatæ ſunt, quæ diſerte patriis inſtitutis omnium primum locum vindicant in controverſiis forenſibus decidendis. Hæc cum ita ſint, laudem utique merentur omnes illi, qui id ſedulo agunt, ut utroque Jure, quo Germania regitur, caute & recte uti diſcant: qua ex re illud conſequuntur, ut tum agendo, tum cavendo & conſulendo, tum denique judicando, ſicque omni ex parte Juriſperiti munere rite beneque defungi poſſint. In quorum numerum cum & tu referendus merito tuo, Nobiliſſime Candidate, eam rem tibi, ex animo gratulor; id vero ſimul etiam doleo, quod tempus defuit, quo majori cum cura nobile hoc argumentum excutere, mihique etiam meam ſymbolam conferre licuiſſet. Quod dum neutri noſtrum datum conceſſumque fuit, id evenit, ut res intra anguſtos terminos, & in primis fere lineis, quas in chartam à Te conjectas mihi exhibuiſti, ſubſiſtat, ac plenior accuratiorque tractatio hoc tempore neglecta fuerit, ac omiſſa. Quam ob rem non dubito quin ab æquo rerum cenſore benignum judicium de his laboribus tuis ſit expectandum. Quod ſupereſt, precor Deum immortalem, ut novi honores, qui inter ſacra ſecularia Academiæ noſtræ tibi conferentur, Claritati tuæ bene eveniant, & Patriæ tuæ, quam Magnificus & JCtiſſimus Vir, MARTINUS VOLCKMARUS SCHULTESIUS, Cancellarius Schwartzburgicus ſumme meritus, quem Patronum affinitatis jure mihi junctum pie & ſancte veneror, & honoris cauſa nomino, egregie exornat, magno decori ſint; atque in Reipubl. emolumentum,

&,

&, quod primum omnium est, Numinis Divini gloriam vergant. Scribebam Wittenbergæ apud Saxones inter varias turbas domesticas, quæ me habitationem commutantem distringunt, VI. Id. Octobr. MDCCII.

PRÆSES.

PROOEMIUM.

§. I.

Diuturnos mores consensu utentium comprobatos Legem imitari, *arg.* §. 9. *J. d. J. N. G. & C.* id sane eos latere haud poterit, qui à limine saltem Jurisprudentiam salutarunt.

§. II.

Sicuti autem Romani, prout ex historia ejus temporis liquet, post ejectos Reges, & antequam Jure Græcanico regi cœpere, in causis privatorum consuetudine magis, quam Legibus expressa sanctione munitis utebantur, cum ea, quæ ex LL. Regiis originem habebant, postmodum quasi moribus introducta observabantur. *l.* 8. *ff. de his qui sui vel al. jur. sunt*. Georg. Eberlinus *d. Orig. Jur. cap.* 4. *n.* 16. 17. Jac. Gotofred. *ad LL. XII. Tabb. lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. *not.* idque insignis libertatis τεκμήριον jactitarunt; ita quoque apud Germanos, nullo non tempore libertatis maximopere avidos jam cum ævo Taciti *plus valuere boni mores, quam alibi bonæ Leges*, prout videre est apud eundem in Libello *de mor. Germ. cap.* 20. *pr.* Et pauló post *cap.* 26. *pr. in verbis*: *Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum; ideoque magis servatur, quam si vetitum esset.* Ast nudis moribus, exclusis Legibus expresse promulgatis, stetisse quondam Germaniam, asserere vix ausim; quandoquidem *sententias in conventibus consultationibus destinatis tulisse eosdem, assensu expresso armis declarato*, nos edocet idem Tacitus *l. c. cap.* 11. Nec quicquam officium huic sententiæ, quæ ex *cap.* 19. citati Taciti nonnulli obstrepere sibi solent, nimirum: *Literarum secreta viros pariter ac fœminas ignorasse.* Quodsi enim anteceden-

§. I.

QUodsi methodo aliorum, qui circa conscriptionem Dissertationum occupati sunt, insistere velim, necessario de natura, definitione & præstantia morum, sive juris consuetudinarii, nec non ejusdem cum jure scripto contentione, iisque connexis generalem ac amplam hic instituere disquisitionem oporteret; ast, cum hac in re jam præiverint Viri ingenii præcellentia perspicui, videatur Dn. Carpzov. *Dissertat. de Observantia.* Dn. Thomas. *Diss. de Jure consuetudinario & observantia*, ut & in *Dissert.* cui titulus, *Contentio morum cum jure scripto* novissime edita, aliique, quos gregatim nominare brevitatis studium prohibet; ideoque ad hos Lectorem benevolum remitto.

§. II.

Id saltem præmoneo, mores hosce, de quibus acturi sumus, aliquando sub nomine praxeos, nonnunquam etiam juris usurarii, consuetudinarii, & observantiæ venire. Struv. *Synt. Jur. feud. cap. 1. th. 7. n. 3.* Dn. Thomas. *dict. Diss. de Jur. consuet. & observ.* §. 1. *seq.* D. Stryk. *Diff. Jur. Civil. & Can. S. I. diff. 1. & seq.*

§. III.

Dum autem de moribus Germanorum, vim juris privati habentibus, sollicitus sum, statim excludo eos, qui statum publicum repræsentant atque firmant, quippe qui pacto tacito Imperatoris & Statuum, vel Statuum inter se nituntur, atque observantiæ Imperii, ut ita loquar, hinc inde audiunt, de quibus fusius egit Kulpis. *tr. de Obs. Imperii*, Goldastus aliique.

§. IV.

Neque animus est, à partibus eorum stare, qui in defendendis thesibus quibusdam juris publici aut privati mores mox particulares, mox universales in partes vocant; cum tamen ratio asserti non in moribus, sed vel in natura rei, statuve præsenti posita sit, vel ex alio fonte veritas theseos sit haurienda. Ut inde mores hoc casu impropriissime accipiantur, simulque fallaciam causæ sæpissime committi, in aprico sit.

§. V.

Nolim itaque hac in Dissertatione moribus vel particularibus tantum v. g. Saxonicis, vel universalibus adscribere praxin multorum territoriorum, eo collineantem, quod is, qui bona saltem in certo territorio possidet, nec domicilium ibi fixit, etiam quoad personam territorii domino subjici possit ac soleat, ita, ut in Judiciis ejusdem territorii in personalibus causis conveniri queat. Cuilibet enim territorii domino liberum est admittere extraneos ad possessionem prædiorum in territorio sitorum sub certa conditione & modo habendi. Hunc si inire nolunt extranei, non habebunt, de quo conqueri poterunt, si ab affectata prædiorum possessione excludantur; ut itaque ad mores vel particulares vel universales hac in re provocantes merito relinquantur. Etenim structuræ nostri Imperii istud potius tribuendum esse, salvo rectius sentientium judicio, autumos vi cujus quilibet dominus territori vi superioritatis territorialis atque inde fluentis Imperii cum dominio publico conjuncti possessionem prædiorum Legibus ita circumscribere potest, ut nonnisi eos, qui etiam quoad personam, se subjectos fore, mediante homagio profiteri cupiunt, admittere velit. Dn. Titius *Spec. Jur. Publ. L.* 3. *c.* 10. §. 13. *seq.* Conf. Schwed. *Jur. Publ. P. sp. sect.* 2. *cap.* 11. §. 7. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 115. Schilt. *Ex. ad π.* 13. *th.* 27. Lyncker *Cent. I. Dec.* 30. Hertius *Diss. de Subjectione territ.* §. 3. *p.* 3. & 4. *seq.* ibique alleg.

§. VI.

Sibi ipsi proinde obloqui videtur Dn. Hertius *alleg. Diss.* Nam licet §. 3. *p.* 4. haud obscure nostram propugnet thesin dicens: Illi quoque Status qui jam olim dignitatem Status habuerunt, cum paulatim increſceret superioritas territorialis in specialibus rebus publicis, *quæ neminem quicquam in earum regionibus possidere patiuntur, nisi sub lege subjectionis*, uti fit in Archi-Ducatu Austriæ, Bavaria, Pomerania, Marchia Brandenburgensi, Ducatibus Brunsuicensi & Luneburgico, Landgraviatu Hassiæ & alibi. Jamdudum enim de Saxonia Helmoldus, in hac terra sola Ducis attenditur autoritas &c. (*Superioritati, qua in bonis territorio inclusis radicata est, subtrahere se haud*

haud possunt, ab iisdem etiam homagium juste exigitur idque usus probat, quicquid alii dicant.) In subsequentibus tamen verbis, ea, quæ in præcedentibus ambabus manibus concessit, inficias ire satagit, quando ita differit: *Quod vero quidam Saxonicorum JCtorum tradant Comites & Barones, qui in Saxonia ab ejus Ducibus feuda tenent, ibi actionibus* etiam mere personalibus posse conveniri, utut alibi domicilium habeant, id profecto singulare est, nec in aliisque Germaniæ Regionibus locum habet, in ipsa etiam Saxonia pactis interdum temperari, observavit Schilt. Ex *ad n.* 13. §. 28. *seq.* Verum ex ipsissimis Dn. Autoris verbis confutari posse postremam sententiam, cuilibet apparet.

§. VII.

Porro neutiquam arridet acceptio morum eo in significatu, quo quamplurimi Doctorum in materia remissionis delinquentium sumere consuevere. Namque remissio delinquentium hodierna ad forum delicti, quam Status Imperii à se invicem efflagitare solent, itidem à nonnullis ideo non necessario, sed precario subque conditione datarum literarum reversalium, (ut loquuntur) fieri creditur, quod *moribus & consuetudine* cesset dispositio Juris Romani in *l.* 7. *ff. de custod. & exhib. reor. N.* 134. *c.* 5. *Auth. qua in prov. ubi de Crim.* Conspirant hic Carpz. *Pr. Crim. qu.* 110. *n.* 54. Richt. *part.* 1. *dec.* 15. *n.* 3. Gail. *de pac. publ. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 30. Wesenb. *Parat. de accus. n.* 8. Stryk. *Us. mod. Pand. L. V. Tit.* 1. §. 26. Menke *Tr. Syn. Pand. p.* 652. Mylius *Diss. de Remiss. del. cap.* 2. §. 4. & 14. *in fin. & cap.* 3. *pr. ibique cit.* Ziegl. aliique. Huic vero Assertioni ratio supra data itidem repugnat, quæ & huc quadrat. Forma namque Regiminis laxitasque nexus Imperii, nec non distinctio territoriorum propria Jurisdictione nitentium, istud potius suadet, turbatione Jurisdictionis Criminalis independentis, quid dicam, ipsius superioritatis territorialis alias inde emersura; qua sane status non gaudent vi dispositionis Juris Romani aut consuetudinarii, sed LL. fundamentalium Imperii; vid. *I. P. art.* 6. & 8.

§. VIII.

Plura his jungi possent, ex quibus manifestum foret, in dijudicandis litigiis Juris lubricum sæpe fundamentum quæri in mori-

 bus

§. XI.

Vix ac ne vix quidem diffiteri possum, in foris Germaniæ non tantum in subsidium causarum decisionem ex Jure Justinianeo, Canonico & Longobardico hauriri, prout *argum. act. Mogunt.* a. 1441. demonstrat Schilter. *Ex 2. §. 12. in addit. edit. nov.* sed & in nonnullis locis v.g. Marchia Brandenburgica, Ducatu Luneburgico, Pomeranico & Negapolitano &c. Jus Saxonicam abrogatum & Jus Civile expresse receptum esse. vid. Stryk. *Annot. ad Laut. Comp. ff. in præf. verb. observatur, & in Usu mod. ff. disc. præl.* §. 20.21.22.30. & 31.

§. XII.

Verum enim vero, (ut taceam istam Juris Saxonici abrogationem & Juris Civilis Romani in modo dictis territoriis factam receptionem ita intelligendam esse, ut quam minime vis fiat moribus provincialibus, Legibusque Patriis, quas ibidem Principes diversas promulgasse in vulgus, notum est) certe cum de plenaria abrogatione morum sive universalium sive particularium non ubivis locorum Germaniæ constet, & à particulari ad universale non possit deduci argumentum; hinc necessario fluit, in reliquis partibus Germaniæ, ubi major ratio LL. Patriarum, quam exoticarum, idque instinctu amoris Patriæ habetur, tamdiu pro validitate morum Germaniæ esse judicandum, usque dum probetur vel abrogatio, vel desuetudo per contrariam Justinianei, Canonici & Longobardici receptionem insecuta.

§. XIII.

Pro statuminanda mea sententia maxime considerari merentur verba *Ordinationis Judicii Aulici Cæsareani Tit. I.* §. Und weilen ꝛc. ita sonantia: So dann zuförderst unser Römische Käyserl. Wahl-Capitulation, Reichs-Abschiede, Religion- und Profan-Frieden, und dem jüngsten Oßnabrügischen Friedensschluß, wie auch jedes Standes, Landes, Orts und Gerichts, sonderlich die gebührliche allegirte, und probirte Privilegia, gute Ordnungen, und **Gewohnheiten, und in Mangel dererselben, die Käyserliche Rechte** und rechtmäßige Observationes und Gebräuche, in acht nehmen, und nach demselben ihre Bescheide,

ſcheide, Decreta und Urtheil einrichten ꝛc. Refert hanc ordinationem integram Limn. *Tom. V. addit J. P. ad L. 9.*

§. XIV.

Nobiſcum quoque ſentit D. Schilterus, *Comment. & J. F. Alem. p. 545.* aſſerens: ante omnia ex cujuscunque nationis, provinciæ & territorii Jure proprio tum civili tum maxime feudali judicandum eſſe.

§. XV.

Idque adeo minus dubii habet, cum de receptione Juris exotici quoad omnia capita viridique ejus obſervantia non ſatis ubique conſtet. Duplici enim ſenſu Lex aliqua poterit dici non eſſe in uſu atque viridi obſervantia: Vel (1.) ſi quid in Republica receptum, poſtea in frequenti uſu populi ita langueſcat, ut rariſſime ejus amplius utilitas ſeſe exſerat; vel (2.) non eſt in uſu, quod receptum non eſt, vel ſi ex complexu variarum legum quicquam receptum ſit, quicquam minus, & receptio conſuetudini magis quam ſanctioni ortum debeat.

§. XVI.

Inanis itaque quæſtio eſt, cuinam in caſu diſſonantiæ morum Germaniæ atque Juris recepti exotici magis ſit favendum; Conſuetudines enim, modo ſint notoriæ vel literis conſignatæ (quales ſunt, quæ comprehenduntur in Speculo Saxonico & Suevico, (non facti, ſed juris ſunt; ut proin plane non ſit dubitandum, prærogativam Juris Romani vel alterius gentis præ moribus Germanorum aſſerenti injungendam eſſe receptionis in contrarium factæ probationem. Carpz. dec. 101. n. 1.

SECTIO II.

Præferentiam morum Germaniæ vim Juris privati habentium, præ LL. receptis in hypotheſi ad diverſa Jura oſtendens.

§. 1.

§. I.

CAmpus amplissimus sese exhibet, in quem exspatiari, ac usum doctrinæ in Sect. præced. propinatæ late ob oculos ponere liceret. Verum ne opera ultra metam propositam excrescat, præstat saltem selectis quibusdam exemplis ac jurium speciebus veritatem Thesium antecedentium demonstrasse. Quo autem dicta aliquantisper cohæreant, lubet uti ista methodo, quam commendat Dn. Thomasius im Entwurff derer Grund-Lehren, so einem *Studioso Juris &c. &c. p.* 173. quippe quæ Justinianeæ multis ex causis, quas tamen hic prolixe allegare instituti ratio prohibet, antecellit. De *jure consuetudinario Germ. allodiali* primo verba faciam, posthac ad feudales mores transgressurus.

§. II.

Antesignani igitur vices gerat modus acquirendi dominia in rebus immobilibus. Evictum equidem est Jure Justinianeo, harum dominium traditione, justo titulo & causa ad dominium acquirendum habili accedente plenarie transferri in eum, cui res vel vere vel ficte, aut brevi aut longa manu bona fide traditur. *l.* 3. §. 1. *ff. de A.P. l.* 31. *ff. de V.O. l.* 74. *ff. de contr. emt. l.* 1. §. 21. *ff de A.P.* Quodsi vero Jus consuetudinarium Soxonicum una cum Suevico intueamu, videmus nusquam plenarie dominia rerum immobilium transferri, nisi accedat confirmatio ac investitura judicialis, ac per eam novi possessoris pro vero agnitio, quippe quæ sola etiam jus reale transfert, *Jus Sax. Prov. art.* 34. *Jus Alem. Prov. cap.* 148. insimulque accedat 1.) à parte tradentis dominii resignatio, die Auflassung der Lehn oder Verzicht; 2.) à parte accipientis, dominii recognitio, die Annehmung der Lehen. Carpz. *part.* 2. *const.* 13. *def.* 7. Zobel *Diff. Sax. part.* 2. *diff.* 28. *in fin.* Joh. Phil. *lib.* 2. *Ecl.* 19. 5. *Dec. El. Sax.* 61. Atque hæc investitura judicialis, Germ. Reichung in Lehn und Würden, vel, ut in patria mea vocatur, die Zuschreibung, non solum in acquisitione rerum immobilium proprie sic dictarum, sed & juris intellectu pro talibus habitarum, v. g. annuorum redituum redimibilium, wiederkäufflicher Zinsen oder Pfründen, &c. locum sibi vendicat.

ſive domeſticum, ſive ab aliis gentibus acceptum, vel etiam mos Germaniæ patrius terminat, ac definit. Ut ergo tum ille, qui cauſas orat, tum etiam, cui Judicis impoſitum munus, recte & ordine agere, atque partes ſuas rite explere queat, multum profecto intereſt, exacte noſſe, quid tum iſtud ferat, tum vero hocce contineatur, diſcernereque ſtudioſe inſtituta majorum ab illis legibus, quæ peregrinos natales habent, ac denique intelligere, ex quo fonte deciſio litis haurienda. Namque vix credere poſſum, hodie ullum dari, qui, quod remotiores à noſtro ævo facere ſolebant, ſibi perſuadeat, admiſſo Romano Jure in Germania omnes mores antiquos, legesque patrias abrogatas ſimul eſſe, poſtquam nullum idoneum argumentum ex monumentis rerum in lucem produci potuit, quod ſententiam iſtam firmet, atque publicæ Leges Imperii promulgatæ ſunt, quæ diſerte patriis inſtitutis omnium primum locum vindicant in controverſiis forenſibus decidendis. Hæc cum ita ſint, laudem utique merentur omnes illi, qui id ſedulo agunt, ut utroque Jure, quo Germania regitur, caute & recte uti diſcant: qua ex re illud conſequuntur, ut tum agendo, tum cavendo & conſulendo, tum denique judicando, ſicque omni ex parte Juriſperiti munere rite beneque defungi poſſint. In quorum numerum cum & tu referendus merito tuo, Nobiliſſime Candidate, eam rem tibi, ex animo gratulor; id vero ſimul etiam doleo, quod tempus defuit, quo majori cum cura nobile hoc argumentum excutere, mihique etiam meam ſymbolam conferre licuiſſet. Quod dum neutri noſtrum datum conceſſumque fuit, id evenit, ut res intra anguſtos terminos, & in primis fere lineis, quas in chartam à Te conjectas mihi exhibuiſti, ſubſiſtat, ac plenior accuratiorque tractatio hoc tempore neglecta fuerit, ac omiſſa. Quam ob rem non dubito quin ab æquo rerum cenſore benignum judicium de his laboribus tuis ſit expectandum. Quod ſupereſt, precor Deum immortalem, ut novi honores, qui inter ſacra ſecularia Academiæ noſtræ tibi conferentur, Claritati tuæ bene eveniant, & Patriæ tuæ, quam Magnificus & JCtiſſimus Vir, MARTINUS VOLCKMARUS SCHULTESIUS, Cancellarius Schwartzburgicus ſumme meritus, quem Patronum affinitatis jure mihi junctum pie & ſancte veneror, & honoris cauſa nomino, egregie exornat, magno decori ſint; atque in Reipubl. emolumentum,

&,

&, quod primum omnium est, Numinis Divini gloriam vergant. Scribebam Wittenbergæ apud Saxones inter varias turbas domesticas, quæ me habitationem commutantem distringunt, VI. Id. Octobr. MDCCII.

PRÆSES.

PROOEMIUM.

§. I.

Diuturnos mores consensu utentium comprobatos Legem imitari, *arg.* §. 9. *J. d. J. N. G. & C.* id sane eos latere haud poterit, qui à limine saltem Jurisprudentiam salutarunt.

§. II.

Sicuti autem Romani, prout ex historia ejus temporis liquet, post ejectos Reges, & antequam Jure Græcanico regi cœpere, in causis privatorum consuetudine magis, quam Legibus expressa sanctione munitis utebantur, cum ea, quæ ex LL. Regiis originem habebant, postmodum quasi moribus introducta observabantur. *l.* 8. *ff. de his qui sui vel al. jur. sunt.* Georg. Eberlinus *d. Orig. Jur. cap.* 4. *n.* 16. 17. Jac. Gotofred. *ad LL. XII. Tabb. lib.* 2. *cap.* 4. §. 4. *not.* idque insignis libertatis τεκμήριον jactitarunt; ita quoque apud Germanos, nullo non tempore libertatis maximopere avidos jam tum ævo Taciti *plus valuere boni mores, quam alibi bonæ Leges*, prout videre est apud eundem in Libello *de mor. Germ. cap.* 20. *pr.* Et pauló post *cap.* 26. *pr. in verbis*: *Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum; ideoque magis servatur, quam si vetitum esset.* Ast nudis moribus, exclusis Legibus expresse promulgatis, stetisse quondam Germaniam, asserere vix ausim; quandoquidem *sententias in conventibus consultationibus destinatis tulisse eosdem, assensu expresso armis declarato*, nos edocet idem Tacitus *l. c. cap.* 11. Nec quicquam officium huic sententiæ, quæ ex *cap.* 19. citati Taciti nonnulli obstrepere sibi solent, nimirum: *Literarum secreta viros pariter ac fœminas ignorasse.* Quodsi enim anteceden-

§. I.

QUodsi methodo aliorum, qui circa conscriptionem Dissertationum occupati sunt, insistere velim, necessario de natura, definitione & præstantia morum, sive juris consuetudinarii, nec non ejusdem cum jure scripto contentione, iisque connexis generalem ac amplam hic instituere disquisitionem oporteret; ast, cum hac in re jam præiverint Viri ingenii præcellentia perspicui, videatur Dn. Carpzov. *Dissertat. de Observantia*. Dn. Thomas. *Diss. de Jure consuetudinario & observantiæ*, ut & in *Dissert.* cui titulus, *Contentio morum cum jure scripto* novissime edita, aliique, quos gregatim nominare brevitatis studium prohibet; ideoque ad hos Lectorem benevolum remitto.

§. II.

Id saltem præmoneo, mores hosce, de quibus acturi sumus, aliquando sub nomine praxeos, nonnunquam etiam juris usurarii, consuetudinarii, & observantiæ venire. Struv. *Synt. Jur. feud. cap. 1. th. 7. n. 3.* Dn. Thomas. *dict. Diss. de Jur. consuet. & observ. §. 1. seq.* D. Stryk. *Diss. Jur. Civil. & Can. S. I. diss. 1. & seq.*

§. III.

Dum autem de moribus Germanorum, vim juris privati habentibus, sollicitus sum, statim excludo eos, qui statum publicum repræsentant atque firmant, quippe qui pacto tacito Imperatoris & Statuum, vel Statuum inter se nituntur, atque observantiæ Imperii, ut ita loquar, hinc inde audiunt, de quibus fusius egit Kulpis. *tr. de Obs. Imperii*, Goldastus aliique.

§. IV.

Neque animus est, à partibus eorum stare, qui in defendendis thesibus quibusdam juris publici aut privati mores mox particulares, mox universales in partes vocant; cum tamen ratio asserti non in moribus, sed vel in natura rei, statuve præsenti posita sit, vel ex alio fonte veritas theseos sit haurienda. Ut inde mores hoc casu impropriissime accipiantur, simulque fallaciam causæ sæpissime committi, in aprico sit.

§. V.

Nolim itaque hac in Dissertatione moribus vel particularibus tantum v. g. Saxonicis, vel universalibus adscribere praxin multorum territoriorum, eo collineantem, quod is, qui bona saltem in certo territorio possidet, nec domicilium ibi fixit, etiam quoad personam territorii domino subjici possit ac soleat, ita, ut in Judiciis ejusdem territorii in personalibus causis conveniri queat. Cuilibet enim territorii domino liberum est admittere extraneos ad possessionem prædiorum in territorio sitorum sub certa conditione & modo habendi. Hunc si inire nolunt extranei, non habebunt, de quo conqueri poterunt, si ab affectata prædiorum possessione excludantur; ut itaque ad mores vel particulares vel universales hac in re provocantes merito relinquantur. Etenim structuræ nostri Imperii istud potius tribuendum esse, salvo rectius sentientium judicio, autumo; vi cujus quilibet dominus territori vi superioritatis territorialis atque inde fluentis Imperii cum dominio publico conjuncti possessionem prædiorum Legibus ita circumscribere potest, ut nonnisi eos, qui etiam quoad personam, se subjectos fore, mediante homagio profiteri cupiunt, admittere velit. Dn. Titius *Spec. Jur. Publ. L.* 3. *c.* 10. §. 13. *seq.* Conf. Schwed. *Jur. Publ. P. sp. sect.* 2. *cap.* 11. §. 7. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 115. Schilt. *Ex. ad π.* 13. *th.* 27. Lyncker *Cent. I. Dec.* 30. Hertius *Diss. de Subjectione territ.* §. 3. *p.* 3. & 4. *seq.* ibique alleg.

§. VI.

Sibi ipsi proinde obloqui videtur Dn. Hertius *alleg. Diss.* Nam licet §. 3. *p.* 4. haud obscure nostram propugnet thesin dicens: Illi quoque Status qui jam olim dignitatem Status habuerunt, cum paulatim increfceret superioritas territorialis in specialibus rebus publicis, *quæ neminem quicquam in earum regionibus possidere patiuntur, nisi sub lege subjectionis*, uti fit in Archi-Ducatu Austriæ, Bavaria, Pomerania, Marchia Brandenburgensi, Ducatibus Brunsuicensi & Luneburgico, Landgraviatu Hassiæ & alibi. Jamdudum enim de Saxonia Helmoldus, in hac terra sola Ducis attenditur autoritas &c. (*Superioritati, qua in bonis territorio inclusis radicata est, subtrahere se haud*

haud possunt, ab iisdem etiam homagium juste exigitur idque usus probat, quicquid alii dicant.) In subsequentibus tamen verbis, ea, quæ in præcedentibus ambabus manibus concessit, inficias ire satagit, quando ita disserit: *Quod vero quidam Saxonicorum JCtorum tradant Comites & Barones, qui in Saxonia ab ejus Ducibus feuda tenent, ibi actionibus* etiam mere personalibus posse conveniri, utut alibi domicilium habeant, id profecto singulare est, nec in aliisque Germaniæ Regionibus locum habet, in ipsa etiam Saxonia pactis interdum temperari, observavit Schilt. Ex *ad n.* 13. §. 28. *seq.* Verum ex ipsissimis Dn. Autoris verbis confutari posse postremam sententiam, cuilibet apparet.

§. VII.

Porro neutiquam arridet acceptio morum eo in significatu, quo quamplurimi Doctorum in materia remissionis delinquentium sumere consuevere. Namque remissio delinquentium hodierna ad forum delicti, quam Status Imperii à se invicem efflagitare solent, itidem à nonnullis ideo non necessario, sed precario subque conditione datarum literarum reversalium, (ut loquuntur) fieri creditur, quod *moribus & consuetudine* cesset dispositio Juris Romani in *l. 7. ff. de custod. & exhib. reor. N.* 134. *c.* 5. *Auth. qua in prov. ubi de Crim.* Conspirant hic Carpz. *Pr. Crim. qu.* 110. *n.* 54. Richt. *part.* 1. *dec.* 15. *n.* 3. Gail. *de pac. publ. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 30. Wesenb. *Parat. de accus. n.* 8. Stryk. *Us. mod. Pand. L. V. Tit.* 1. §. 26. Menke *Tr. Syn. Pand. p.* 652. Mylius *Diss. de Remiss. del. cap.* 2. §. 4. *&* 14. *in fin. & cap.* 3. *pr. ibique cit.* Ziegl. aliique. Huic vero Assertioni ratio supra data itidem repugnat, quæ & huc quadrat. Forma namque Regiminis laxitasque nexus Imperii, nec non distinctio territoriorum propria Jurisdictione nitentium, istud potius suadet, turbatione Jurisdictionis Criminalis independentis, quid dicam, ipsius superioritatis territorialis alias inde emersura; qua sane status non gaudent vi dispositionis Juris Romani aut consuetudinarii, sed LL. fundamentalium Imperii; vid. *I. P. art.* 6. *&* 8.

§. VIII.

Plura his jungi possent, ex quibus manifestum foret, in dijudicandis litigiis Juris lubricum sæpe fundamentum quæri in moribus

§. XI.

Vix ac ne vix quidem diffiteri possum, in foris Germaniæ non tantum in subsidium causarum decisionem ex Jure Justinianeo, Canonico & Longobardico hauriri, prout *argum. act. Mogunt. a.* 1441. demonstrat Schilter. *Ex* 2. §. 12. *in addit. edit. nov.* sed & in nonnullis locis v.g. Marchia Brandenburgica, Ducatu Luneburgico, Pomeranico & Negapolitano &c. Jus Saxonicam abrogatum & Jus Civile expresse receptum esse. vid. Stryk. *Annot. ad Laut. Comp. ff. in præf. verb. observatur, & in Usu mod. ff. disc. præl.* §. 20. 21. 22. 30. & 31.

§. XII.

Verum enim vero, (ut taceam istam Juris Saxonici abrogationem & Juris Civilis Romani in modo dictis territoriis factam receptionem ita intelligendam esse, ut quam minime vis fiat moribus provincialibus, Legibusque Patriis, quas ibidem Principes diversas promulgasse in vulgus, notum est) certe cum de plenaria abrogatione morum sive universalium sive particularium non ubivis locorum Germaniæ constet, & à particulari ad universale non possit deduci argumentum; hinc necessario fluit, in reliquis partibus Germaniæ, ubi major ratio LL. Patriarum, quam exoticarum, idque instinctu amoris Patriæ habetur, tamdiu pro validitate morum Germaniæ esse judicandum, usque dum proberur vel abrogatio, vel desuetudo per contrariam Justinianei, Canonici & Longobardici receptionem insecuta.

§. XIII.

Pro statuminanda mea sententia maxime considerari merentur verba *Ordinationis Judicii Aulici Cæsareani Tit. I.* §. Und weilen rc. ita sonantia: So dann zuförderst unser Römische Käyserl. Wahl-Capitulation, Reichs-Abschiede, Religion- und Profan-Frieden, und dem jüngsten Oßnabrügischen Friedensschluß, wie auch jedes Standes, Landes, Orts und Gerichts, sonderlich die gebührliche allegirte, und probirte Privilegia, gute Ordnungen, **und Gewohnheiten, und in Mangel derenselben, die Käyserliche Rechte** und rechtmäßige Observationes und Gebräuche, in acht nehmen, und nach demselben ihre Bescheide,

§. I.

CAmpus amplissimus sese exhibet, in quem exspatiari, ac usum doctrinæ in Sect. præced. propinatæ late ob oculos ponere liceret. Verum ne opera ultra metam propositam excrescat, præstat saltem selectis quibusdam exemplis ac jurium speciebus veritatem Thesium antecedentium demonstrasse. Quo autem dicta aliquantisper cohæreant, lubet uti ista methodo, quam commendat Dn. Thomasius im Entwurff derer Grund-Lehren, so einem *Studioso Juris &c. &c. p. 173.* quippe quæ Justinianeæ multis ex causis, quas tamen hic prolixe allegare instituti ratio prohibet, antecellit. De *jure consuetudinario Germ. allodiali* primo verba faciam, posthac ad feudales mores transgressurus.

§. II.

Antesignani igitur vices gerat modus acquirendi dominia in rebus immobilibus. Evictum equidem est Jure Justinianeo, harum dominium traditione, justo titulo & causa ad dominium acquirendum habili accedente plenarie transferri in eum, cui res vel vere vel ficte, aut brevi aut longa manu bona fide traditur. *l. 3. §. 1. ff. de A.P. l. 31. ff. de V.O. l. 74. ff. de contr. emt. l. 1. §. 21. ff de A.P.* Quodsi vero Jus consuetudinarium Soxonicum una cum Suevico intueamu, videmus nusquam plenarie dominia rerum immobilium transferri, nisi accedat confirmatio ac investitura judicialis, ac per eam novi possessoris pro vero agnitio, quippe quæ sola etiam jus reale transfert, *Jus Sax. Prov. art. 34. Jus Alem. Prov. cap. 148.* insimulque accedat 1.) à parte tradentis dominii resignatio, die Auflassung der Lehn oder Verzicht; 2.) à parte accipientis, dominii recognitio, die Annehmung der Lehen. Carpz. *part. 2. const. 13. def. 7.* Zobel *Diff. Sax. part. 2. diff. 28. in fin.* Joh. Phil. *lib. 2. Ecl. 19. q. Dec. El. Sax. 61.* Atque hæc investitura judicialis, Germ. Reichung in Lehn und Würden, vel, ut in patria mea vocatur, die Zuschreibung, non solum in acquisitione rerum immobilium proprie sic dictarum, sed & juris intellectu pro talibus habitarum, v. g. annuorum redituum redimibilium, wiederkäufflicher Zinsen oder Pfründen, &c. locum sibi vendicat.

§. III.

Ratio hujus ante receptionem Juris Justinianei introductæ rationabilis consuetudinis partim in eo consistit, ut Magistratui constet, quosnam imposterum habeat rerum immobilium possessores ad sustinenda onera realia obstrictos, quippe cujus maxime interest hunc vel illum in subditum recipere, aut eundem ob justas causas a possessione prædiorum juriumque exercitio repellere; partim ut defraudationibus obæratorum debitorum, rem unam pluribus sæpe vendentium & oppignorantium, occurratur, inque fraudem creditorum præmeditata alienatio magis magisque impediatur. vid. Meyer. *Diss. de Invest. Judicial. in allod. per tot.*

§. IV.

Præprimis attendendum venit, necessariam esse hanc alienationem, tam respectu tertii alicujus privati, *v. g.* creditorum, quam respectu Magistratus & Domini directi, des Lehn-Herrns, à Domino Jurisdictionis sæpe diversi. Patet exinde, quod præceptis pœnalibus ad impetrandam confirmationem eique connexam investituram in dies homines compelli cernamus. Aliter, quam Jure Romano. Nam licet incognita haud fuerit hoc jure *Cessio in jure*, quam nos resignationem judicialem vocamus, per eamque dominium translatum teste Ulpiano *Tit. XIX. §. 9.* in verbis: In jure cessio communis alienatio est, & mancipi rerum & nec mancipi, quæ fit per tres personas in jure cedentes, vindicantes, addicentes. *In jure cedit Dominus, vindicat is, cui ceditur: addicit Prætor.* Permissivi tamen potius quam præceptivi juris hanc cessionem fuisse nemo ambiget.

§. V.

Quomodo possessio rerum immobilium acquiratur, conservetur, amittatur, & ad posteros transferatur, de eo multa placita nobis offert Jus Justinianeum & Canonicum; præsertim vero dispositio *l. 23. de acq. vel omitt. poss.* attendenda venit, quæstionem, an possessio naturalis ipso jure in hæredem transferatur, plane negans.

§. VI.

§. VI.

Quodsi vero nostri ævi JCtos, Germanorumque morum defensores consulamus, multos inter eosdem inveniri cernimus, e diametro hanc thesin oppugnantes, simul ac asserentes, jure consuetudinario hodierno ad hæredem, ab intestato succedentem, ipso jure transmitti possessionem etiam naturalem, qua defunctus gavisus est; e quibus paucos nominasse sufficiat, videl. Klock. *Vot. Cameral. relat.* 4. *n.* 21. *& seqq. ibique relati.* Zœl. *ad Tit. de acq. vel omitt. hæred. n.* 11. Gudelin. *de Jur. noviss. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 18. Carpz. *dec.* 225. Cui sententiæ, quo minus calculum nostrum addamus, impedit, quod reliquos cumprimis Saxonicos JCtos Doctorum supra allegatorum opinioni constanter haud accedere Praxis declaret. Mencke *Tr. Syn. Pand. p.* 414. In Germania sane id non obtingere, sat profundis rationibus testantur Pruckmann *consil.* 34. *n.* 98. Wesenb. *cons.* 41. *n.* 31. Lyncker *cent.* 1. *dec.* 57. *ibique cit.* Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cameral. imp.* 9 *n.* 58. Gail. *lib.* 2. *obs.* 129. Et dum hæc prælo committere animus est, incidit in manus Zimmermanni *Diss. de Vacuo sub Præsidio Magnif. Dn. Bergeri hic loc. novissime habita*, *qui* §. 33. *&* 34. ibidem hanc postremam quoque amplexus est sententiam.

§. VII.

Firmiori econtra stant tales mores Germanorum circa donationes à Patre filiis filiabusque familias factas. Licet enim Jure Justinianeo ob fictam Romanorum inter Patrem & filium unitatem, nec obligatio inter illos consistat, ita ut Pater filio in potestate constituto donare nequeat, *l.* 11. 17. *C. de dignat.* nec divisio facta a Patre inter liberos in potestate constitutos de jure subsistat, cum sapiat donationem. Gail. *lib.* 2. *obs.* 38. *n.* 1. *& lib.* 2. *obs.* 11. *n.* 6. *pr.* (Except. id. apud Lauterb. *Comp. Jur. tit. de donat.*) Ignoravit tamen eandem simplicitas Germanorum. Audiamus enim *Speculum Suevicum cap.* 118. Tit. Der Kind anspricht unter vierzehen Jahren. Spricht ain Mann ain Kind an unter vierzehen Jahren, und ist es unschuldig, soll der Vater für es schweren, überzeugt man es der Gethat, und hat ihm der Vater Gut ausgeben, da soll man vor püssen dem Kläger und dem Richter; hat es ihm nicht Gut ausgeben, &c. Conf. *cap.* 262. Conspirat. *Specul. Sax.*

 lib. 1.

lib. 1. *tit*. 10. qui textus quidem de donatione facta filio eunti in militiam loqui videtur *j. l*. 4. *C. de famil ercisc*. à nonnullis etiam ad donationes rerum mobilium Carpz. *part*. 2. *const*. 12. *def*. 22. item remuneratorias Dan. Moll. *L*. 2. *Semest. cap*. 6. nec non in favorem matrimonii factas Carpz. *c. l. n*. 4. ut & morte patris confirmatas restringigitur. Juris tamen Saxonici Dd. admittunt ejus dispositionem etiam in aliis rebus immobilibus Reinhard. *d*. 6. *p*. 1. *ap*. Zobel. *Diff. Sax. part*. 2. *diff. n*. 15. Et donationem inter Patrem & filium contra Juris Civilis dispositionem ex observantia & consuetudine in Saxonia adhuc dum obtinere tradit Carpz. *lib*. 6. *resp*. 119. *n*. 12. 14. *&* 18. Coler. *dec*. 13. *n*. 3. vir in Jure Saxonico peritissimus ejusque observantia exercitatissimus. Carpz. *part*. 2. *const*. 12. *def*. 22. vid. tamen Dec. *El. n*. 23. Cæterum ubi dispositio juris civilis hoc in casu locum habet, ut in Marchia, Ducatu Luneburgico, &c. cautelam Dd. subministrant, ut filius juramento donationem confirmari curet, sic enim valere *arg. cap*. 28. *X. de Jurej. cap*. 2. *de pact. in* 6. Stryk. *caut. contr. sect*. 3. *cap*. 9. §. 3. Et hanc communem & in Camera receptam esse opinionem, testis est Gail. *lib*. 2. *obs*. 38. *n*. 7. Mynf. *lib*. 2. *obs*. 33.

§. VIII.

An autem ob paritatem rationis & hodie venditio rerum sive immobilium sive mobilium inter Patrem & filiumfam. inita contra dispositionem Juris Civ. in *l*. 2. *ff. de contr. emt*. subsistat, in eo Dd. haud conveniunt. Cum enim ex præced. §. appareat, inter patrem & filiumfam. moribus Germaniæ obligationem existere potuisse, generalem exinde conclusionem nonnulli nectere audent, tam unitatem inter Parentem & liberos, quam causam hujus unionis, nimirum ipsam Patriam Rom. potestatem moribus Germaniæ amplius non obtinere tradentes; cui sententiæ subscribunt JCti Batavi Gudelin. *de Jur. nov. lib*. 1. *cap*. 13. §. 5. Vinn. *ad* §. 2. *J. de P. P*. & alibi passim. Grœnw. *in tr. de LL. abrog. ad tit*. J *de P. P*. Sed præterquam, quod plerique illorum de suis tantum moribus intelligendi sint, Grœnwegen imprimis nullam rationem suæ assertionis sæpissime affert, verum simpliciter asserit: Hæc Lex abrogata. vid. Dn. Stryk. *in disc. prælim. Us. mod. ff*. §. *ult*. hanc in libros potestatem, velut per mores

mores recentiores quodammodo limitatam, hodie in desuetudinem abiisse non dixerim, cum de expressa hinc inde facta receptione Juris Patrii Romanorum hac in parte satis abunde constet. Nota est *Electoris Saxoniæ sanctio part. 2. cap.* 10. Weil in denen Sächsischen Rechten nirgend zu befinden, daß die väterliche Gewalt insonderheit aufgehoben, so bleibet auch dieselbe nochmahls nicht unbillig bestehen. Veritas hujus theseos eo magis elucescet ex Responso Fac. Jur. Lips. ad interrogationem meam Mense Majo anni 170·. lato, quod ex asse apponere lubet. Hat M. R. gewesener Einwohner zu W. sein daselbst gehabtes Bauer-Gut mit dessen Pertinentien, auch den Haußrath und damahls vorhandenen Geträyde den 22. September, des abgewichenen 1696sten Jahres seinem ältesten Sohn B. R. vor 820. fl. dergestalt überlassen, daß er nicht nur 100. fl. damit der Vater ihme verhafftet gewesen, sondern auch noch 150. fl. an statt seines Vater-Theils, gleich davon inne behalten, dem jüngsten Sohn M. R. aber 100. als Vater-Theil und 150. fl. vor Kühr-Gerechtigkeit, und noch 17. Schoffe mit einem Federbette, von dem Uberrest der 320. fl. hingegen 100 fl. seinem Eheweibe auf gewisse Termin, wie nichtweniger seinen übrigen Kindern, als M. R. den Jüngern, 100. fl. zum Vater Theil, und ebenfals ein Federbette, so wohl C. S. und H. R. über die bereits von ihm erhaltenen väterlichen Hülffe, jedweden 40. fl. nach seinem Tode, jedoch nach und nach abstatten solle. Nachdem nun hierauf nicht nur M. R. des ältern Eheweib, und der Sohn H. R. sondern auch nachgehends der Verkäuffer selbst verstorben; Als will nunmehro, ob dieser Kauff vor beständig zu achten, oder nicht, vielmehr Käuffer solch väterlich Gut mit denen bißher eingehobenen Nützungen wiederum abzutreten, auch davon Rechnung abzulegen, und zur gemeinen Theilung zu bringen verbunden? gezweiffelt werden.

Ob nun wohl die R. Töchter vor sich anführen, wie das väterliche Gut zur Zeit des Contracts 1700. fl. werth gewesen, und also der Vater mit dem gesetzten Kauff-Pretio über die Helffte verkürtzet sey, davon sie nunmehro ihre völlige Legitimation nicht haben könten, zu geschweigen, daß ihnen solche titulo institutionis honorabili vom Vater nicht verlassen, darneben der Kauff nicht vor dem Richter und Schöppen, sondern nur den Gerichts-Herrn zur Confirmation vorgetragen worden; so aber alles vor erheblich nicht zu achten, in Erwegung, daß einen Theils

aus dem Kauffe abzunehmen, daß der Vater auf seine Lebens-Zeit den Nießbrauch des Guts sich vorbehalten, sein Eheweib aber mit einem grossen Auszuge daraus versehen, daß also, wenn dieses zur Kauff-Summa gerechnet würde, keine Verletzung über die Helffte vorhanden, bevorab, da diese zur Zeit des Contracts sich hätte äussern müssen; Andern Theils aber der Vater kein Testament aufrichten, sondern allein einen Kauff schliessen, und zugleich eine Theilung seines Vermögens unter seinen Kindern machen wollen, woselbst es aber einer hæredis Institution nicht bedarff, weniger eine Verkürtzung der Legitimæ daraus abzunehmen, zumahlen da die der Mutter zugetheilete 100. fl. dem Vater wieder zurücke gefallen, auch was ein und das andere Kind an väterlicher Hülffe bey Lebzeiten des Verkäuffers erhalten, wieder conferirt, und hernach zur gemeinen Theilung unter sämtliche Kinder gebracht werden sollen; Hiernechst ein Contract auch ohne Zuziehung Richter und Schöppen, alleine von dem Gerichts-Herrn gar wohl confirmiret werden mag, und dahero solcher Kauff aus bißherigen Ursachen nicht zu hinterziehen wäre.

Dennoch aber und dieweil ihr zugleich berichtet, daß der Käuffer zur Zeit, des geschlossenen Kauffs, annoch in väterlicher Gewalt gestanden, und dergestalt mit dem Vater beständig nicht contrahiren können, in mehrer Betrachtung, daß die beschriebenen Rechte Vater und Sohn vor eine Person halten, und dahero solcher Kauff zu keiner Perfection gelangen mögen, zumahlen da nicht zu befinden, daß der Vater nachgehends denselben von neuem ratihabiret hätte, folglich das verkauffte Gut einmahl wie das andere in dem Väterlichen Vermögen geblieben, welches nunmehr auf M. N. des Aeltern sämtlichen Kinder zu gleichem Theil bracht und verfället worden;

So mag auch solcher von M. N. dem Aeltern, und B. N. geschlossene Kauff nicht bestehen, und ist dahero Käuffer das Gut cum fructibus wieder abzutretten, davon Rechnung abzulegen, und zur gemeinen Theilung zu bringen schuldig. V. R. W.

§. IX.

De cetero, quin apud Germanos pater præ matre facultatem aliquam majorem in liberos habuerit, dubitari nequit. Nam & illi fœminas propter imbecillitatem animi minus capaces judicarunt, quæ sibi

sibi ipsis, multo minus toti domui & familiæ digne consulere possit; hinc moribus illorum fœminæ in perpetua sunt tutela. *Spec. Suev. cap.* 259. *&* 309. *Saxon. lib.* 1. *art.* 45. Conf. Schilt. n. 37. §. 241. *&* 242. Matri tamen etiam aliqualem in liberos potestatem, patre mortuo indultum fuisse, patet ex LL. Wisigothorum *lib.* 4. *tit.* 2. *cap.* 13. Et *Speculum Sax. lib.* 1. *art.* 13. mentionem injicit emancipationis a matre factæ.

§. X.

Quanta sit prærogativa morum Germaniæ in expositione Juris Cambialis, cujus simulacrum saltem & prima quædam elementa cernimus in Jure Justinianeo, speciatim vero in *l.* 40. *ff. de stat. lib. tot. tit. ff. de edend. l.* 82. §. 5. *ff. pro soc.* & passim. Struv. *Diss.* 3. *camb. mat. cap.* 1. §. 15. istud non solum turba JCtorum Theoreticorum, sed & Practicorum unanimiter confirmat. vid. D. Stryk. *Diss. de accept. lit. camb. cap.* 5. *n.* 42. *ibique cit.* Præprimis vero celeritas Processus cambialis Juri consuetudinario originem debet. Quamvis enim à multis fundamentum hujus processus usualis quæratur *in l.* 4. *C. quorum appell. non rec. juncta Causa ei qui* 41. *cap.* 2. *qu.* 7. §. *quoties.* nimis tamen generalem esse utriusque Juris sanctionem, primo intuitu patescit; specialior quadantenus dispositio reperitur in *Rec. Imp. de ann.* 1654. §. 107.

§. XI.

Quodsi ulterius inquiramus in materiam Jurisdictionis, insignis sese exhibet morum Germaniæ præ LL. receptis præferentia. Quotiescunque ergo casus emergit circa Jurisdictionem dubius, ex Jure consuetudinario Germanorum potius, quam recepto decisionem quærendam esse autumo. Videlicet quando quæstio emergit, an vendi, locari, oppignorari vel alio modo alienari possit Jurisdictio, eo præprimis respiciendum, utrum patrimonialis sit, an personalis, alta aut bassa. Harum quippe subdivisionum Jurisdictionis fundamentum si quis quærere velit in Jure Justinianeo, laterem lavaret. vid. Stryk. *Us. mod. ff. tit. de Jurisd.* §. 9. *seq.* J. Dœpler *Theatr. Pœn. & suppl. cap.* 1. §. 144. *&* 262.

§. XII.

§. XII.

Præterea doctrinam noſtram maxime illuſtrat exemplum Proceſſus Inquiſitorii. Utut enim hic Juri Civili *l.* 13. *ff. de off. Præſ.* Canonico *cap.* 24 *X. de accuſ.* & Imperii incognitus non ſit, *O.C. a.* 6. 214. *&* 219. & Saxonico frequentiſſimus *Res. Gr. de anno* 1609 *gr.* ſ. forma tamen ejusdem ſpecifica & præcipua ejusdem membra, v. g. confrontatio, modus torturæ reos ſubjiciendi & exequendi pœnas Jus conſuetudinarium Germanorum pro genetrice agnoſcunt. vid. Tabor *de Confront. part.* 1. §. 14. 15. 22. *& intr. de Tortura, cap.* 2. *n.* 18. *ſeqq.* Sane pauciſſimas pœnarum ſpecies Jure Civili determinatas uſu fori receptas eſſe videre licet ex Colero *dec.* 155. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 14. *n.* 3. *ſeq. & qu.* 142. *n.* 22. *ſeq.* Gailio. *lib.* 2. *obſ.* 109.

§. XIII.

His quidem farrago exemplorum ex Jure ſucceſſorio, pactitio, mercatorum, opificum &c. deſumtorum jungi poſſem, verum ne opella nimium excreſcat, pro inſtituto hæc ſufficiant. Nunc quoque paucas quasdam theſes prærogativam morum feudalium præ LL. receptis vulgo communibus ſiſtentes, adjicere operæ pretium erit. E vaſto autem morum feudalium cumulo duo ſaltem materiarum genera tangere animus eſt; videlicet Jus conſuetudinarium Germ. circa *ſimultaneam inveſtituram, & dotalitia fœminarum nobilium.*

§. XIV.

Inveſtituram ſimultaneam, moribus Germanorum introductam quod attinet, in eadem explicanda vel parum ſollicitos eſſe Interpretes vel eandem cum *inveſtitura abuſiva Longobardica de feudo ab alio poſſeſſo & nondum aperto*, (cujus mentio fit 1. *F.* 3. 9. 27. *in fin.* 2. *F.* 26. §. 2. 2. *F.* 35. Arum. *Diſp. feud.* 5. *th.* 13.) utplurimum ab iisdem confundi ex Commentariis Dd. haud obſcure patet, cum tamen hujus & illius plane diſpar ac diverſa ſit ratio. Iſtud enim inveſtituræ genus, quamdiu in ſimplici promiſſione conſiſtit, non jus in re, ſed ad rem ſaltem tribuit; Pruckm. *vol.* 1. *Conſ.* 39. *n.* 16. exiſtente vero conditione vaſallo ſtatim Jus reale oritur, tranſitque ipſo Jure in-

investituræ in hunc casum factæ dominium nulle ac potestas apprehendendi possessionem feudi. Eyben. *Select. J. Feud. cap.* 5. *in fin.* J. Schilt. *Comm. ad Jus Feud. Alem. cap.* 12. §. 2. Atque hæc investitura abusiva idiomate Germanico efferri solet, ein Geding. Hartm. Pist. *part.* 2. *qu.* 25. *n.* 1. Anfall, Lehn ohne Gewehr. Schilt. *l. c.* §. 1. Ein Gnaden-Lehn, Expectanz, Anwartung, Berlich. *part.* 2. *concl.* 53. Angefäll. Schneidew. *de Feud. part.* 3. *n.* 90. alias Investitura de caducitate successionis, Vult. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 48. Eandem quoque tam Juri feudali Saxonico, vid. Lehn-Recht *cap.* 5. *pr.* & *cap.* 57. *pr.* Carpz. *part.* 2. *const.* 45. *def.* 1. *n.* 2. quam Alemannico *cap.* 12. cognitam fuisse nemo ambiget. Ut vero Geding in genere placitum, promissum, pactum denotat, ita hic speciatim de futura successione in feudo viventis vasalli, si id domino apertum fuerit, accipitur. Pactum autem hoc fieri solet dupliciter: aut de certo ac determinato, aut indeterminato aliquo feudo, quod vocamus ein benannt Geding, aut de incerto, nec determinato ein unbenannt Geding, quod à Saxonicis interpretibus (licet ex errore) ein Irrlehn dicitur. *J. F. Sax. cap.* 7. *J. F. Al. cap.* 12. Schilt. *Comm. ad h. t.* §. 6. Illud das benannte Geding, fieri solet iterum duplici modo, aut per nudas literas expectativas, Angefälls Verschreibung, vid. Hartm. Pist. *part.* 2. *qu.* 30. Rosenth. *cap.* 6. *concl.* 6. aut per actum investituræ sub conditione ut 1. *F.* 9. & 27. aut pro re nata cum exactione eventualis homagii subditorum, qualis Electori Brandenburgico concessa fuerat in *Instr. Pac. Westph. art.* 11. §. 6. 7.

§. XV.

Nec interest *sciat & consentiat hoc casu feudi possessor an vero ignoret*; 1. *F.* 27. 2. *F.* 26. §. 2. 2. *F.* 35. Tusch. *Concl. Pr. lit. F. conc.* 3. *n.* 13. concordante etiam Jure Sax. Lehn-Recht. *cap.* 10. *pr.* Hartmann. Pist. *part.* 2. *qu.* 25. *n.* 11. cum ex hujusmodi investitura nullum vasallo possessori inferatur detrimentum; Finckelth. *F.* 7. *th.* 10 *lit. C.* dissentiente vero Jure Feudali Alemannico *cap.* 19. Ab isto rigore tamen etiam inter Alemannos recessum esse, & noviori more ex æquitate valere cœpisse expectativam, etiam sine consensu possessoris vasalli, rationibus subnexis asserit & demonstrat Schilt. *Comm. ad* J. *F. Al. cap.* 19. §. 12. ad praxin quotidianam provocans ac notoriam.

§. XVI.

E contrario ab hac investitura expectativa, ut supra monitum, differt *Investitura simultanea, qua successor futurus de feudo investitur de præsenti una cum possessore ipsoque consentiente*, & vel sine possessione, vocaturque Germ. die Mit-Belehnschafft, vel cum possessione, Germ. die würckliche Beleihung und Lehns-Empfängniß, eaque vel nuda, vel cum perceptione fructuum conjuncta, & vel pro indiviso vel pro diviso.

§. XVII.

Atque cum Jure Saxonico feudali simultaneæ investituræ subinde renovandæ vi succedatur regulariter, non vero jure sanguinis aut agnationis; Lehn-Recht. *art.* 32. itaque κατ' ἐξοχὴν simultanea investitura Saxonica dici solet. Verum enim vero non eo sensu id recte intelligitur, quasi in sola Saxonia ea viguerit, sed imo cum ex sanctione Conradi Salici Imp. anno 1027. publici juris facta oriatur, etiam Alemannos & omnem Germaniam obligavit. Nec dubitare nos de ea re sinit ipsum Jus Feudale Alemannicum *cap.* 63. §. 2. & *cap.* 65. Ex quibus oppido patet, nullam esse differentiam inter Jus Sax. feudale & Alemannicum, sed communi jure feudali Germanorum agnatos & collaterales fuisse exclusos à successione feudali secundum Constitutionem Conradinam, & sola pactitia seu simultanea investitura consuli iis potuisse, quæ tamen subinde per mortem vasalli vel domini itemque per divisiones renovanda fuit, quod Folgethun dicimus, & an einen andern Herrn folgen, quod sæpius occurrit in Jure feudali Saxonico & Alemannico. Conf. Knichen. *de vest. pact. cap.* 1. 57. *seq.*

§. XVIII.

Exinde interim patescit, quod etsi in quibusdam provinciis aut domibus illustribus ab hac patria consuetudine fuerit recessum, atque Jus Longobardicum receptum, tamen in dubio is, qui suam intentionem in hac universali consuetudine fundaverit, fundatam eam de Jure Patrio habeat, atque onus probandi in partem adversam devolvatur, quod nimirum in hoc vel isto loco ab universali Imperii

rii consuetudine fuerit per desuetudinem recessum, atque jus peregrinum receptum, quod quamdiu non probatum fuerit, præsumptio semper est pro ea parte, quæ suam intentionem in Jure Patrio fundavit.

§. XIX.

Tantum de investitura simultanea. Videamus brevissimis, quid de DOTALITIO mores Germanorum disponant, ac quousque iisdem prærogativa præ LL. receptis sit assignanda.

§. XX.

Equidem jus hoc in plerisque valde anceps est, ut solent, quæ solo usu non certa ratione statuta sunt. Ut autem aliqua ei constet ratio, inde natum jus hoc videtur, quod, cum soli dotis fructus non sufficerent tuendæ viduarum suarum dignitati, bona quoque allodialia deficerent, utriusque tamen familiæ interesset, à viris ea propter egregiis moribus Gentium Germanicarum in feudo largitates tales in commodum viduarum concessæ fuerunt. *Gloss.* in Lehn-R. *art.* 57. §. Ihr solt auch wissen. *j. Jus Feud. Alem. cap.* 64. vid. Henel. *de Dotalit, cap.* 6. §. 9. *& seq.* Myler. *Gamolog. cap.* 10, *n.* 10.

§. XXI.

Notanda insuper differentia dotalitii proprie sic dicti Germ. Leib-Geding, & ususfructus in allodialibus constituti Germ. Leibzucht. Illud enim antiquis temporibus per modum investituræ nec non cum consensu heredum concedi solebat. *Jus Feud. Al. l. c. Jus Sax. Prov. art.* 75. *L.* 3. Licet apud nos hodie naturam meri ususfructus vitalis assumserit, Schilt. *ad Jus Feud. Al. cap.* 64. §. 3. terminique isti promiscue usurpari soleant, quod vel ex allegata Glossa satis apparet. Alias vocabulum Leib-Geding, quoad nativam significationem tantummodo promissam largitatem denotat. *Gloss.* in Lehn-Recht. *art.* 57. Ihr solt auch wissen &c. Usu tamen loquendi & post realem traditionem terminus iste retinetur.

§. XXII.

Ante receptionem Juris Justinianei dotalitia titulo mere lucrati-

 vo,

vo, uxoribus fuisse collata verosimile videtur. Apud Saxones enim olim reliquosque Germanos non uxor Marito, sed maritus uxori dotem afferebat teste Tacito *de mor. Germ. cap.* 18. Vestigium hujus moris occurrit in *cap.* 6. *X. de donat. inter vir. & ux.* Mentionem quoque dotalitii faciunt Clemens III. & Honorius III. in *cap.* 4. *X. dict. tit. j. cap.* 15. *X. de foro comp.*

§. XXIII.

Istud vero, nimirum Jus Romanum, ubi in Germania invaluit, primum per modum specialis conventionis, sub conditione dotis inferendæ & lucrandæ, dotalitia & donationes propter nuptias à Maritis repromitti cœperunt, *Gloss. ad art.* 22. Weichb. *p. m.* 42. *col.* 4. §. Weiter fället eine Frage rc. donec in Juris necessitatem id ipsum transiret, ut dotalitia in feudo non aliter admitterentur, nisi dos illata esset, ad cujus quantitatem & ipsum dotalitium conformatum fuit; etsi valde id variet. Late Henel *l. c. j.* Mencke *Tr. Synopt. Pand. p.* 352.

§. XXIV.

Porro quoque receptio Juris Justinianei ambiguam quodammodo reddidit quæstionem, cui viduæ hoc Jus dotalitii competat, an sponso quoque vel ante benedictionem sacerdotalem vel post eam ipso nuptiarum die ante concubitum, vel ante eam post concubitum mortuo?

§. XXV.

Ut brevibus rem expediam, notandum omnino est, antiquissimo usu Germaniæ longe plus interfuisse inter nuptias consensu initas & concubitu perfectas, quam jure communi: & quod quoad lucra nuptialia vir & uxor habiti non sint, nisi post concubitum, id non solo Juris Saxonici; vid. *Spec. Sax. lib.* 3. *art.* 45. & *lib.* 1. *art.* 45. *v.* 6. Sie ist sein Genossin, und tritt in sein Recht, wann sie in sein Bett tritt; sed totius Germaniæ usu receptum & communem quasi formulam fuisse. Nam & iisdem fere verbis id traditur in *Spec. Suev. part.* 1. *art.* 324. *verbis:* Sie muß sein Genoß seyn, wann sie an sein Bette gad. & extra

extra terras Juris Saxonici in Germania quoque superiore plurium locorum statutis hodieque id continetur. Henel. d. *Tr. cap.* 4. § 4. *& seq.*

§. XXVI.

Unde infero, dotalitium cæteraque omnia lucra nuptialia, quæ non ex Jure communi, sed ab usu & statutis Germaniæ orta sunt, non incipere nisi à concubitu: Atque adeo prædictam quæstionem de Jure communi quidem affirmandam, at usu & Jure Germaniæ negandam esse, quæ & receptior sententia est. Berlich. *part.* 3. *concl.* 25. Henel. *d. tr. cap.* 4. §. 2. *usque ad* §. 9. Myler. *d. tr.* §. 13. *Conf.* Brunn. *dec.* 47.

§. XXVII.

Multa adhuc thesibus hisce lucem afferentia opponere consultum foret, nisi brevitas temporis destinati obicem mihi poneret. Hinc Deo Ter Optimo Maximo tanquam omnium cœptorum nostrorum basi ac fonti gratias lito nunquam desituras, quod toti huic labori ad finem usque clementissime voluerit assistere, eundem calidissimis precibus exorans, velit quoque inposterum cæteris conatibus meis ex alto benedicere, suamque illis largiri gratiam, quo tandem labores meos is, quem divina ejusque destinavit prudentia, sequatur exitus. A. Te vero, B. L. ut, sicubi hallucinatus fuero, defectus meos pro ea qua polles dexteritate haud gravatim supplere velis, omni studio contendo. Libertatem dissentiendi quoque tibi relinquo, cum quæstiones hic propositæ fere omnes tam claræ non sint, ut in iis consentiat Julianus, nec contradicat Marcellus. Concludo interim verbis Baldi: Ego ignorantiæ inimicus alienæ, inimicissimus propriæ, paratus sum corrigi à quocunque, lubentique ac humili animo correctiones feram.

Ordinis Juridici in Academia Wittembergensi Decanus GODOFREDUS STRAUS, JCtus, Potentissimi Regis Poloniarum atque Saxoniæ Electoris in supremo Provocationum Judicio, nec non Serenissimi Principis Anhalt. Servest. Consiliarius Aulicus, Facultatis Juridicæ in hac Universitate Ordinarius, Decret. Prof. Publ. Curiæ Electoral. Consistorii & Scabinatus Assessor, Lecturis salutem plurimam dicit, & eosdem ad Disputationem Inauguralem à Clar. jam Candidato DOM. JOHANNE ELIA TREIBER, Arnstad. Thur. Jur. Pr. Lips. futuro die 13. Octob. Anno MDCCII. habendam invitat.

JUs Romanum Justinianeum vim legis in omnibus Imperii Romano-Germanici territoriis habere inter omnes æque constat. Quare & secundum istud in foro & Judiciis pronunciandum esse, ex ipsorum Imperatorum & Statuum Imperii sanctionibus oppido liquet. Cum enim Ordinatio Judicii Cameralis, Maximiliano I. imperante, Anno 1495. instituti, concinnanda esset, Assessoribus ejusdem juramento ab ipsis præstando, ut juxta Jura communia (nach des Reichs gemeinen Rechten) judicare debeant, diserte injunctum fuit. Id quod deinceps Ordinatione Camerali de Anno 1500. §. ordnen, setzen rc. verbis: nach laut gemeiner Kayserl. Rechten rc. præclare repetitum legitur, nec minus in Ordinatione Politica de Anno 1577. §. 17. verbis: Dieweil solche Contracten in gemeinen beschriebenen Rechten höchlich verboten rc. manifeste comprobatum. Ut alia loca ex Imperii Recessibus prætereamus. Inde vero aperte infertur, quod, qui in imperio nostro sive in Cathedra sive in Judiciis ad intentionem suam firmandam Legem adducit Justinianeam, causam tamdiu habeat fundatam, donec adversarius jus posterius monstret contrarium, vel jus speciale indubitatum afferat. Nam & eorum Doctorum sententia, qui allegantem Jus Justinianeum ad observantiam probandam istius textus adstringere satagunt, facile concidit: Quoniam Jus Justinianeum non tantum ex approbatione & receptione Imperii expressa, sed etiam tacita omnes Imperio Romano-Germanico sub-

subjectos stringit & obligat: quemadmodum Conringius tr. de origine Juris Germanici passim & fuse deducit ac ex ipsius antiquitatis fontibus eruit atque evincit. Quæ quidem receptio Juris Justinianei sub initium seculi 15. in Germaniam facta, ac primo quidem in Academiis Germanicis publice doceri illud cœpit; tum vero in fora Imperii nostri sensim introductum fuit. Cum igitur agnitio & approbatio Juris Justinianei & tacita & expressa in aprico sit, quis dubitabit, idem pro communi jure haberi & easdem vires sortiri ac olim Leges Græcorum à Romanis descriptæ & in Rempublicam receptæ obtinebant? Et quid tandem fieret litigantibus, (ut reliqua taceam) si Lege Justinianea nixi ejusdem usum adversario exigente probare tenerentur? Ecquidem ita lis ex lite, Processus ex Processu nasciturus foret; cumprimis si recogitemus adversario reprobationem vel contrariam demonstrationem denegari haud posse, causa principali interim quiescente ac suspensa. Ut taceam, cum judicantibus in Judiciis, tum Assessoribus in iisdem duram conditionem obtrudi, si ista sententia prævaleret. Illi enim in Scholis antea Jus Civile edocti, postea ad forum delati, animadvertentes, quod Leges Justinianeæ non probent, nisi de earundem usu constet, hæsitabunt semper, num secundum earundem tenorem pronunciare queant, cum observantiam earundem hactenus ignorent. Unde eveniet, ut plerique Judices ac Assessores conscientia dubia sententias suas proferant, & Cynosura certa, quam alias è vestigiis Juris Civilis sequi poterant, plane destituantur. Laudat hinc potius & firmat, quæ in Germania invaluit, Jur. Civ. autoritatem Arturus Duck *de usu & autoritate Jur. Civ. Romanorum lib. 2. cap. 2. §. 15.* ubi Brunsuicenses, Luneburgenses, Bremenses, Pommeranos, Megapolenses, aliosque populos adjacentes, qui olim Jure Sax. usi sint, jam ab eo in plerisque casibus recessisse & ad Jus Cæsareum rediisse asserit. Pariter & in Provinciis, quæ Jus Sax. receperunt, si controversiæ incidant, in quibus Jus Saxon. à Civili dissidet, sequendum potius esse Civile Romanorum, quam Saxonum plurimi existimant. Nam & in nostris Collegiis Juridicis, quoties de jure ad remotiora à Nobis Judicia respondemus, in dubio & si de jure statutario non fuerimus certi redditi, juxta principia Juris Civilis causas decidimus. Interim diffiteri non possumus, in Articulis non paucis provincias quasdam custodire & servare jura Suevica & Saxo-

Saxonica aliaque statutaria, eademque Juris Civilis sanctionibus præferri exemplo inseruit Const. Carol. V. Imperatoris, quam de fratrum filiis admittendis ad successionem patrui cum fratribus jure repræsentationis ex principiis L. L. Romanarum edere cum satageret, Elector Sax. tanquam supremus Jur. Sax. Defensor, strenue contradixit, & ne subditi sui sanctioni illi obstringerentur, publicè protestatus fuit. Spectat huc Jus Lubecense, ex Jure Sax. & Canon. maximam partem compositum, quod deinceps à Friderico I. Imperatore confirmatum fuit. Plura hanc in rem exempla adducere nihil attinet, cumlabore isto nos sublevavit Candidatus noster, Vir Juvenis, Pereximius atque Clarissimus JOHANNES ELIAS TREIBERUS, cujus gratia, cum modo dicta præmisimus, de ortu, studiis & profectibus nonnulla pro more recepto ex hoc loco in medium proferre necessarium duximus &c. P. P. sub sigillo Facult. Jurid. Dominica XVII. post Trin.

Dissertatio inauguralis de Defensione necessaria extrajudiciali, vulgo Nothwehr oder gedrängten Todtschlag / *Præside CHRISTOPHORO PHILIPPO* RICHTER / *JCto & Antecessore, Comite Sacri Palat. Cæsar. Consiliario Saxonico, Curiæ Provincialis & Scabinatus Assessore primario, Facultatis Juridicæ Ordinario, Jenæ ad diem 1. Junii MDCLXV. JOHANNES VALENTINI, Mœno-Francofurtensis.*

ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ.

EA, quæ necessaria & utilia, inque foro & judicio frequentissima, propter sui commendationem non negligenda, sed plenius potius attingenda, à clarissimo Jurisprudentiæ Lumine Ulpiano, *in l. 1. π. de suspect. tut.* recte dictum, & à Paulo *in l. 25. pr. π. de liberat. leg.* bene approbatum esse, neminem sanè dextrè judicantium inficias iturum arbitror. Quis enim est

est qui utilia fugiat; aut quis potius, qui ea non studiosissimè persequatur, inquit ipse Romanæ Eloquentiæ Parens Cicero *lib.* 3 *Offic.* Et quotusquisque, ait Plinius *lib* 8. *cap.* 14. *ad Aristonem*, est tam patiens, ut velit discere, quod in usu non sit habiturus. Cum vero extrajudicialis Defensionis materia necessitatem maxima cum utilitate conjunctam in se contineat, ea mihi præ reliquis digna fuit visa, quæ diligentiori animi trutina examinata, disquisitioni publicæ, & quidem loco Disputationis inauguralis subjiceretur; utpote materia, huic ultimo & exulcerato mundi seculo, ubi hominem homini esse lupum, alterum alteri injuriam inferre, damnum concitare, vim facere, struere insidias, & perniciem machinari, contra *l.* 3. *π. de J. & J.* nefas non putatur, maximè congrua. In hac ergo conatuum ingenii periculum facturus, ad Te ô Omnipotens Pater! Mitissime Deus, Autorem & Præsulem hujus cœpti confugio. Tu Spiritus Sancti Tui ductu mea vestigia firma, ut in hoc honoris gressu absque vacillatione pergere, omniaque sensa mea, cogitata, verba, ad Tui Optimi Maximi Nominis splendorem, gloriamque revocare queam, per unigenitum filium tuum Jesum Christum!

SUMMARIA.

Ὀνοματολογία §. 1. Ἐτυμολογία §. 2. Ὁμωνυμία §. 3. Συνωνυμία §. 4. *Definitio realis necessariæ defensionis* §. 5. *Quæst. An verba illa: vis atque injuria, conjunctim vel disjunctim sint accipienda?* §. 6. *Divisio in personalem & realem* §. 7. *Causa efficiens est vel remota vel propinqua* §. 8. *Remota generalis est vel Jus divinum vel Jus humanum* §. 9. & 10. *Remota specialis est vel Jus Gentium, vel Civile, vel Canonicum* §. 11. 12. & 13. *Causa efficiens propinqua est vel agens vel instrumentum agendi* §. 14. *Quæst. An Bannito seu Exuli, cujus occisionem statutum permittit, sit licita defensio?* §. 15. *Quæst. I. An mediator, si eo ipso, cum se interponit, alterum lædat, à læso actione injuriarum, vel ad compensationem damni & expensarum conveniri possit? II. An defensor, si mediatorem, defensionem impedientem, percutiat vel jugulet, pœna obligetur?* §. 16. *Instrumentum agendi* §. 17. *Subjectum* §. 18. *Quæst. An contra patrem, qui limites paternæ castigationis præscriptos transgreditur, filio licita sit defensio ita, ut ille impune occidi queat?* §. 19. *Quæst. An subditus Magistratui,*

Digitized by Google

à quo vi lacessitur, resistere eumque ob defensionem sui vel lædere vel plane interficere licite possit? §. 20. *Objectum primarium* §. 21. *Persona necessaria* §. 22. *Persona extraneæ.* §. 23. *Objectum secundarium.* §. 24. *Res Q.* §. 24. *Fama Q.* §. 26. *Forma* §. 27. *Finis principalis & minus principalis* §. 30. *Effectus principalis & accidentarius* §. 31. *Cognata* §. 32. *Repugnantia* §. 34. *Quæst. An is, qui non servato inculpatæ tutelæ moderamine aggressorem occidit, ordinaria homicidii pœna sit plectendus?* §. 35. *Probatio defensionis* §. 36. *Per testes* §. 39. *Per præsumtiones* §. 40. *Et per conjecturas* §. 41.

§. I.

RErum quidem potiorem, *arg. l. 3. π. de adim. vel transf. legat* nominum tamen priorem esse habendam rationem, tritissimum est axioma Philosophorum, quos JCti summi imitantur, ceu exemplo comprobant suo Ulpianus *l. 1. in pr. π. de J. & J.* §. 1. *π. de Offic. Quæst.* Paulus, *l. 2. §. 2. π. de R. C.* Sacratissimus Imperator noster Justinianus §. 2. J. *de Tut. pr.* J. *de testam. ordinandis,* qui non aspernati fuere nominis indagare rationem; merito igitur & nos horum legentes vestigia, præmittimus τῇ πραγματολογίᾳ ὀνοματολογίαν. Absolvitur autem illa his tribus: ἐτυμολογία, ὁμωνυμία & συνωνυμία.

§. II.

Etymologiam quod spectat, variæ inveniuntur apud varios Autores Defensionis derivationes. Quidam putant illud dici à fendo, quod inusitatum, ac *fensus* illis idem est ac *iratus*, hinc *fendo* originem trahere à σφενδονάω, arbitrantur. Vid. Christian. Becman. *de Orig. Lat. Ling.* & Matth. Martinus *in Lexico Phil.* Alii dicunt *fendo* derivari à φένω, occido, vel ab ἀφανδάνω, displiceo; verum neutra harum significationum disconvenit. Nos hanc derivationem, quando defendo propriè est idem ac *arceo, averto*, amplectimur, ut plurimorum non exiguæ autoritatis virorum, autoritate fultam, reique ipsi haud absimilem, quæque Germanis vertitur: Sich der Noth-Wehr gebrauchen.

§. III.

Homonymia sequitur. Defensionis vocabulum est πολύσημον ac mul-

multiplicis significationis; sumitur enim vel latissimè pro quovis modo facti mali repulsione, sive jure sive injuria, ex proposito vel instinctu saltem naturæ generali fiat, quo significatu vindicta etiam defensionis nomine venit, item brutorum defensio; *l. 1. §. 11. si quadr. pauper. fec. dicat.* vel latius pro defensione justa & injusta, solis hominibus propria, cum injuria non videantur agere bruta; *pr. Inst. si quadr. p. f. dic. & l. 1. §. 3. ff. eod.* vel latè pro defensione justa extra judicium & in judicio. Ludwel. *p. m. in prælect. ff. ad tit. de* J. *&* J. vel strictè & in specie, pro ea, quæ vulgo ex ipso naturæ instinctu est, & dicitur necessaria; propterea quod tanquam extraordinarium remedium non, nisi extremum vel vitæ vel famæ periculum postulet, adhibeatur. Quæ unica nostræ ventilationi materiam præbebit.

§. IV.

Synonymia superest. Dicitur autem synonimice extrajudicialis. *t. t. quand. lic. unic. se sine judic. l. 4. l. 45. π. ad L. Aquil. l. 4. C. ad L. Corn. de sic.* legitima. *l. 1. C. unde vi. l. 3. π. de* J. *&* J. inculpata tutela, item ab effectu per accidens, homicidium necessarium, item necessaria defensio, eine Noth-Wehr, eine rechte Gegen-Wehr, ein gedrängter Todtschlag. Struv. *in tract. de vind. priv. cap. 2. p. 13. n. 2.*

§. V.

Excussis nunc iis, quæ ad Onomatologiam spectant, realis perpendenda venit definitio; variæ equidem extant necessariæ defensionis definitiones, quas tamen omnes hic recensere ac compilare, aut examini subjicere, non est animus. Præcipuam hanc, quæ maximè ad palatum nostrum videtur esse, subnectam. Esto autem, ut describendo potius, quam definiendo dicam, talis: Defensio necessaria est imminentis, vel illatæ vis atque injuriæ, moderata propulsatio, omni jure permissa. *l. 1. C. unde vi. Bart & Dd. in l. 3. π. de* J. *&* J. *l. 5. C. de jur. fisc.* Struv. *in Syntagm.* Jur. *civil. exerc 9. th. 72.* Kornman. *p. m. in Disp. de priv. vind.* Johannes Grahe *in tract. de priv. vindicta.*

§. VI.

Hujus in definitionis explanatione, cum ex infra positis satis

emerserit, non opus est, ut diu immoremur; unicum illud tantum hoc loco quæritur, an verba illa: vis atque injuria, conjunctim vel disjunctim sint accipienda? Posterius affirmamus. Rationes quæ nos movent, sunt hæ 1.) quia sæpe ita est comparatum, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur. *l. 53. pr. de V. S. l. 13. §. 2. π. de excusat.* 2.) quia vis absque injuria propelli potest. v. g. contra vim ebrii, dormientis, noctambulonis & furiosi. *l. 3. §. 1. π. de injur.* imo contra bestiarum impetum justa sit defensio. Obrecht. *de necess. Defens. cap. 6. n.* 57. Romul. *in Compend. de homicid. pr. n.* 4.

§. VII.

Dividi respectu objecti, à quo divisiones ritè desumuntur, in personalem & realem. Personalem appellamus, quando quis vel à se vel ab aliis vim instantem seu illatam propulsat. Realis est, quando quis à rebus vim repellit, vel quando res & bona contra vim defendit. Obr. *dict. tract. de necess. defens. cap. 4. n. 2. & 3.*

§. VIII.

Divisionem rectè insequuntur causæ, quæ præcipua in rerum perceptione intellectus sunt instrumenta. Scire enim, est res per causas cognoscere, & quemadmodum nihil sine illis fit, ita nihil cognoscitur. Causa itaque efficiens necessariæ Defensionis est vel remota vel propinqua. Remota est generalis vel specialis. Generalis est tam Jus divinum, quam humanum.

§. IX.

Divinum: quia 1.) Deus Ter. Opt. Max. unicuique Enti, cujus conservatio tendit ad commune bonum, sui defensionem indidit. 2.) *Exod. 22. 2. Lex est*: Si effringens fur domum, sive suffodiens fuerit inventus: & accepto vulnere mortuus fuerit, percussor non erit reus sanguinis. Præsumitur enim animo grassandi venisse, ergo defensio adversus ipsum conceditur. 3.) In Abrahamo etiam ante legem Mosaicam extat necessariæ Defensionis exemplum. *Gen. 14. 15.* quod ibidem *vers. 19. & 20.* ab ipso Altissimi Sacerdote magnificè prædicatur. 4.) Si nos non defendimus, in nostra propria persona violatur

tur generalitas mandati: Non occides, quod omnibus & singulis prohibet occisionem. Occisionem non intellige necessariam, aut legis autoritate fundatam, sed voluntariam aut vindictæ studio intentatam. 5.) Nemo sibi vitam auferat, vel per alium auferri, quod idem est, acsi ipse faciat. *c.* 72. *de R. J. in* 6. permittat; nobis enim non vivimus nec morimur. *Rom.* 14. 7. Adde *Matth.* 22. 29. *Marc.* 12. 31. *Luc.* 10. 39. *Actor.* 7. 24. Vide *Syst. Univ. Theol.* Brochm. *art. de Lege cap.* 11. *sect.* 4. *quæst.* 3. *p.* 133.

§. X.

Jus Naturæ: quia vitæ & corporis simplex defensio omnibus animantibus est innata, & respectu naturalis inclinationis, quæ homini cum brutis communis, non naturalis rationis, quæ soli homini competit, ex natura orta; Bocerus *lib.* 2. *de duell. cap.* 10. *num.* 19. Obrecht. *de necessaria Defensione cap.* 4. *num.* 4. Carpzovius *in pract. crim. part.* 1. *quæst.* 28. *Colleg. jur. Arg. lib.* 48. *t.* 8. *th.* 7. Mascardus *de probat. vol.* 3. *conclus.* 1132. Hinc est, quod videmus, tam bestias, quam homines morti resistere, ut statum suum incolumem conservent: nec alio fine leonibus robur, apibus aculei, tauris sponte nascentia cornua data sunt, quam ut lacessiti in sui protectionem iis utantur. Arumæus *disp.* 1. *ad pand. in not. ad th.* 1. Christianus Kremberg *de necess. Defens.* Quo facit etiam aureum Ciceronis dictum *in orat. pro T. Ann. Milon. f.* 4. Est hæc, inquientis, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus; verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus: ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, si in tela aut latronum, aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendæ salutis. Silent enim leges inter arma, nec se expectare jubent, cum ei, qui expectare velit, ante injusta pœna luenda sit, quam justa repetenda. Add. Grotius *de Jure Belli & Pacis lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 1.

§. XI.

Specialis causa efficiens remota est vel jus Gentium, vel Civile, vel Canonicum.

§. XII.

Jus Gentium: quia hoc nihil aliud est, quam ratio naturalis, inter homines diffusa, §. 1. J. *de* J. *N. Gent. & C. l. 9. π. de* J. & J. & divina quadam providentia constitutum. §. 11. J. *de* J. *N. Gent. & C.* Sicut autem discursus rationis nefas judicat, quando alter alteri insidiatur; Sic æquum esse statuit, ut quis vim atque injuriam propulset. *l.* 3. *π. de* J. & J. non quidem simplici defensione, quæ etiam brutis competit, sed justa, quam ratiocinatio suadet, scilicet cum moderamine. Bocerus *lib.* 2. *de duell. cap.* 10. *n.* 19. *jung. l.* 4. *π. ad L. Aquil. l.* 5. *π. de* J. & J. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 1. *th.* 4 *lit. C. ibique Bachov.* Bocer. *lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 18. *de Bello & Duello.*

§. XIII.

Jus Civile: quia hoc jus Naturale & Gentium confirmatum est. *l.* 45. §. 4. *π. ad L. Aquil. l.* 1. *C. unde vi. l.* 6. *π. de* J. & J. *l.* 3. & *l.* 4. *π. ad L. Corn. de sic.* Mascardus *de probat. volum.* 1 *conclus.* 489. *n.* 13. & *seqq.* Wesemb. *consil.* 19. *n.* 72. Franzk. 1. *resolut.* 23. *n.* 52. & *sequentibus.* Jus Canonicum: quia & hoc jus, Naturale & Gentium, in materia defensionis approbat. *Cap. interfecisti.* 2. *vers. si autem c. si perfodiens seq. c. significasti.* 18. *X. de homicid. c. si vero alicujus. X. de sent. excomm. Clement. unic. de homicid.*

§. XIV.

Causa efficiens propinqua est vel Agens vel Instrumentum agendi. Agens est homo, qui vim re ipsa propulsat. Nec refert cujus sit ætatis, sexus, aut conditionis, propter generalitatem *l.* 3. *π. de J. & J.* in verb. quisque, quo omnes significantur. *l.* 26. *in pr. de hered. Inst. l.* 1. *de V. S.*

§. XV.

Occurrit hic quæstio: An Bannito seu Exuli, cujus occisionem statutum permittit, sit licita defensio? Diversæ hac de quæstione Doctorum sunt sententiæ; Nos, negativam ita probamus: Ubi est offensio justa, ibi defensio est injusta ex natura contrariorum. Quod

enim

enim alicui convenit, id contrario ejus non poteſt convenire. At Banniti offenſio eſt juſta: quia offendere Bannitum permittitur à Jure. Conſtit. Pac. Publ. Rubr. Die Pein der Friedbrecher. Ordin. Cam. *part.* 2. *tit.* 9. §. 2. So jemands ver. Sollen das &c. E. defenſio Banniti eſt injuſta. Deinde huc facit formula ſententiæ, quam Georg Schœnb. *Politic. lib.* 4. *cap.* 8. refert: Nachdem Beklagte aus den und denen Ursachen dem Land-Frieden zuwider gehandelt, derhalben denunciren und erklären wir dieselbe als offenbahre Echter in der Kayserl. Maj. und des Heiligen Reichs Acht: Setzen sie aus dem Frieden in den Unfrieden, und erlauben ihr Leib, Haab und Güther allermänniglich. Von Rechtswegen. Add. Gail. *lib.* 2. *de P. P. cap.* 1. *n.* 20. *& ſeqq.* Theodor. Reinking. *de Regim. ſec. & eccleſ. lib.* 1. *claſſ.* 5. *cap.* 6. *n.* 151. *&* 152.

§. XVI.

Ad agentem cauſam refertur etiam mediator, qui inter aggreſſorem & defenſorem ſe interponit, ut inſtans malum prohibeat. Hinc duplex oritur quæſtio: I. An mediator, ſi eo ipſo, cum ſe interponit, alterum lædat, à læſo actione injuriarum, vel ad compenſationem damni & expenſarum conveniri poſſit? Reſp. poteſt, quando fictus eſt mediator, ut ſæpiſſime fit, quia injuriandi & nocendi animo intervenit. Non poteſt, quando verus eſt mediator, quia animus injuriandi & nocendi abfuit II. An defenſor, ſi mediatorem, defenſionem impedientem, percutiat, vel jugulet, pœna obligetur? Reſp. vel defenſor in certo vitæ periculo fuit verſatus, vel non fuit. Priori caſu nec de perſecutione, nec de occiſione tenetur, quia quod fecit, ſui defendendi cauſa fecit. E. non peccavit. *l.* 3. *C. ad L. Corn. de ſicar.* At poſteriori caſu aliter ſe habet, quia nulla neceſſitate mediatorem læſit.

§. XVII.

Inſtrumentum agendi eſt omne id, quo vis illa repellitur, ſive ſit gladius, ſive bombarda, ſive aliud armorum genus, quia defenſio non immediate, ſed mediate inſtrumento quodam fieri ſolet.

§. XVIII.

Acceſſus nunc fiat ad ſubjectum, quod eſt offenſor, nulla habita

bita ſtatus, ſexus aut conditionis ratione, contra quem nos defendimus. Quemadmodum enim nihil refert, quis ſit, qui vim depellit, *l. 3. de J. & J. l. 45. §. 4. ad L. Aquil. l. 1. C. unde vi*, quæ Leges vim vi repellere indiſtinctè permittunt; ita nihil intereſt, qui vel qualis ille ſit, qui vim facit. Ubi igitur vis ſeu injuria, ibi eſt licita defenſio. Et contra; Ubi non adeſt violenta & injurioſa offenſio, ibi nec defenſio locum habet.

§. XIX.

Hinc quæritur I. An contra patrem, qui limites paternæ caſtigationis præſcriptos *l. 3. C. de P.P. l. unica. C. de emendat propinq.* transgreditur, filio licita ſit defenſio ita, ut ille impune occidi queat, pro deciſione hæc primo ſunt obſervanda: Si filius patris, à quo percutitur, iram verbis mitigare nequeat, fugiat: ſi fugere non poteſt, ictus avertat: ſi tantas in anguſtias ejus copiæ coguntur, ut amplius avertere ictus nequeat, licitè paternum ſanguinem effundit. Id quod probatur his rationibus. I. quia bene ordinata charitas incipit à ſeipſa, & inſanus dicitur, qui ita diligit alterum, ut ſe ipſum negligat. II. quia pater filio necem intentans in leges committit. E. auxilio earum eſt indignus. *c. bonæ memoriæ 23. verſ. quia fruſtra X. de elect. l. 37. in fin. de min. 25. an.* III. Filius hoc in caſu ſine ſcelere patrem interimit, *l. 35. de relig. & ſumt. fun.* cum latronem magis quam patrem necet, *l. 5. π. ad L. Pomp. de parricid.* cujus poteſtas in pietate, non in atrocitate conſiſtere debet. *d. l. 5.* Confer. Oldendorp. *claſſ. 1. Act. 4. in pract. n. 3. in fin.* Vult. *lib. 1. Feud. cap. 10. n. 39.*

§. XX.

II. An ſubditus Magiſtratui, à quo vi laceſſitur, reſiſtere, eumque ob defenſionem ſui vel lædere vel plane interficere licite poſſit? Affirmatur. Quia, ſi Magiſtratus, qui ſit recti cuſtos & juris ſacerdos, *l. 1. §. 1. de J. & J. l. 2. §. 13. de O. I.* ſuum officium notoriè transgreditur, agit ut privatus. *l. 29. §. 7. π. ad L. Aquil. l. 32. de Injur. l. 6. in pr. C. unde vi.* Ideo enim inventi Magiſtratus pro communi bono, non poterunt jure ſubditis contra ſe defenſionem adimere: quod malum grave nimis eſſet, contrarium inſtituto eorum, & ſubditis perni-

perniciosum, contra *l. 6. C. de LL. Add. Clem. Pastor. lib. 2. vers. cavetum. ante fin. de sentent. & re judic.* Paul Berens. *disp.* 1. *th.* 3.

§. XXI.

Properamus ad objectum, quod est geminum: Primarium & secundarium. Primarium sunt personæ propriæ, necessariæ & extraneæ. Personæ propriæ dubio procul rectè defenduntur. *l. 4. in pr. ad L. Aquil. l. 3. C. ad L. Cornel. de sic. Constit. Crim. Carol. V. art.* 140. Was eine rechte Noth-Wehr sey.

§. XXII.

Necessariæ personæ, quales sunt parentes, liberi, conjuges, affines & consanguinei, ob necessaria officia, ipsis præ cæteris debita, necessarii dicti, rectè ab exitio vindicantur. Pater filium justè tuetur, quia una quædam est communis omnium lex, & divinitus instituta, ut videlicet nullum non animal natum ex se fœtum amet, proque eo acriter dimicet, hinc ille pater crudelis est, qui filium perire sinit. *can. ipsa pietas.* 24. *circa pr. caus.* 23. *q.* 4 Filius patrem, propter naturalem amorem & reverentiam, quibus arctissime huic est devinctus. Maritus uxorem, quia diligendæ sunt Uxores sicut propria corpora, *Eph.* 5. 28. & sunt duo in carne una; *Gen.* 2. 24. unde uxor pars viri *can.* 8. *caus.* 33. *qu.* 2. appellatur. Uxor maritum, propter naturam correlativorum, de quibus idem, nisi diversa subsit causa, judicium, *Nov.* 123. *cap.* 2. §. 1. *l. fin. C. de indict. vind.* & rationum jam pro marito allatarum identitatem, sponsus sponsam, & contra; nam illata horum alterutri injuria ad ambos spectat, *l.* 15. §. 24. *π. de injur.* cum alias sponsa in favorabilibus pro uxore habeatur. *l. 4. de fund. dot. l. 5. C. de bon. quæ liber.* Affinis affinem, consanguineus consanguineum: quia uni ex his injuria facta, & reliquos onerat.

§. XXIII.

Extraneorum defensionem exigit I. Jus Divinum. *Matth.* 22. 38. *Exod.* 2. 12. II. Jus Canonicum. *c. 5. caus.* 23. *q.* 3. *c.* 10. *caus.* 23. *q. ead. c.* 54. *caus.* 2. *q.* 7. III. Jus Civile. *l. 2. §. 5. π. de aq. & aq. pl. arc. l.* 7.

ff. de serv. export. circa fin. IV. Cognatio à natura inter homines facta; *l. 3. de* J. *&* J. præsertim inter nos Christianos, qui propter patrem nostrum cœlestem & lavacrum regenerationis fratres nuncupamur. *c. 24. pr. c. 11. quæst. 3.* V. Reip. Salus, cujus ad vigorem civium conservatio multum conducit. Notandum autem: quod quis, si absque vitæ suæ jactura periclitantem tueri nequit, ad opem ferendam non teneatur. Nam charitas incipit à se ipsa, *arg. l. 6. de servit. & aq.* & quilibet regulam diligendi proximum à semetipso accepit, *can.* 8. *c. 23. q. 5.* cum omnes homines malunt sibi melius esse, quam alteri, unde Græcum proverbium: γόνυ κνήμης ἔγγιον, id est, genu sura propius. Latinum: Proximus egomet mihi. Germanicum: das Hemd ist mir näher als der Rock.

§. XXIV.

Secundarium objectum sunt res & fama. Hæc enim æque ac alia bona, licet sit incorporalis, in nostro dominio existit, quia ut res, Deo benedicente, industria & labora acquirimus; ita bona fama virtute paratur. Obr. *de necess. Defens. cap. 9. n. 3.*

§. XXV.

Res itaque juste propugnamus; An autem ob earum propugnationem occidere invasores liceat, inter Doctores controvertitur. Nobis negativa, ut verior, ita æquior videtur, quia 1. Leges nullibi ob rerum defensionem homicidium concedunt. 2. Ratio inter homines, & res diversa, diversum defensionis jus desiderat: homo enim ad imaginem Dei factus, *Gen.* 1. 27. est creaturarum nobilissima, & pretioso Christi sanguine redempta; At res sunt bona caduca & respectu hominis vilissima, nec per se, sed hominis gratia comparata. *d. cap. 1. Gen. v. 29. & 30. l. 28. in fin. ff. de usur.*

§. XXVI.

Fama quin recte defendatur, nullum est dubium, quia bonum nomen mille præstat divitiis, *Prov.* 22. 1. & crudelis est, qui illam negligit. *c. 10. c. 12. q. 1.* Hinc *Syrac.* 41. 15. 16. Curam, inquit, habe de bono nomine, hoc enim magis permanebit tibi, quam mille thesauri pretiosi

pretiosi & magni. Bonæ vitæ numerus dierum: bonum autem nomen permanebit in æternum. Quæritur autem I. An ob ejus defensionem internecio sit licita? Negamus, quia Leges, occisionem permittentes, requirunt vim, quæ corpori, non famæ sive honori infertur. *add. t. t. J. & C. de injur.* II. An verbis contumeliosis & injuriosis provocatus, v. g. Bist du ein redlicher Gesell und kein Schelm, so ziehe von Leder und wehre dich mein, cum provocante in certamen descendere debeat? Affirmant multi: nos distinguimus inter offensionem, quæ fit facto vel verbis simul, & offensionem, quæ fit verbis tantum. Priori casu juste resistis, posteriori non. III. An virgo stupri amovendi causa homicidium impune committat? Affirm. per *l. 1. §. pen. ad L. Corn. de Sic. l. 8. §. 2. quod metus causa. l. unic. C. de rapt. virg. Const. Criminal. Carol. art. 240. ibi*: ohne Verletzung guten Leumuths, id est, pudicitiæ, *arg. art. 119. ejusd.* So jemand einer unverleumdeten Ehefrauen, Wittwen oder Jungfrauen mit Gewalt, oder wider ihren Willen ihr Jungfräulich oder Fraulich Ehe nehme, ubi unverleumde Jungfrau nominatur, cujus virginitas est illæsa. Unde violentus pudicitiæ expugnator einem Räuber gleich soll mit dem Schwerd vom Leben zum Tod gerichtet werden. *d. art. 119.*

§. XXVII.

Ab objecto transimus ad formam, quæ consistit in moderamine inculpatæ tutelæ, & fit, quando insultatus tantum facit, quantum oportet, & defensionis necessitas exigit. Propulsatio enim fit respectu offensionis, ideo ipsa intra hujus limites permaneat, ne degeneret in vindictam, quæ à defensionis natura plane abhorret, quia defensionem hunc in modum tantummodo suscipimus, ut corpus & vita nostra à violenta seu injuriosa alterius offensione conservetur.

§. XXVIII.

Hæc violenta seu injuriosa offensio vel jam est illata, vel imminet inter offensorem & defensorem. Si est illata, rite propulsatur. Etenim quamdiu instat aggressor offensione, tam diu recte opponitur defensio, *l. 1. §. 27. & l. 3. §. 9. π. de vi & vi arm.* Contra intermissa offensione, intermittatur etiam defensio; quia inter has est mutuus

respectus & relatio, ut una sublata, merito & altera tollatur. Cessante enim causa, cessat effectus. Logici passim, & *c. 26. circ. fin. X. de jurejur.* hinc pullulat regula: Defensio fiat in con i uenti. Si imminet offensio, eam recte repelli posse, negant nonnulli. Nos veritati magis congruum arbitramur, quod vis instans recte repelli possit, & quod nemo primum aggressoris ictum exspectare teneatur, nam vis impendens juste repellitur: eam vero, quæ illata est, repellere amplius nequimus; cum post receptam percussionem repercutere vindicta sit, non defensio; siquidem defensionis est prævenire, cavere, protegere, resistere, ne vapules. Salom. *in repet. l. 3. π. de J. & J. n. 8. l. 1. C. qu. lic. unic. sine judic. l. 3. C. ad L. Corn. de Sicar. l. 5. in pr. π. ad L. Aquil. Const. Crim. Carol. V. art. 140. his verbis:* Ist auch mit seiner Gegenwehr, biß er geschlagen wird, zu warten nicht schuldig. Non tamen solæ minæ, v. g. ich will den Schelmen, ehsich ich ihn antreffe, durch und übern Hauffen stossen, oder eine Kugel durch ihn jagen, ad læsionem minantis nos impellant: quia minæ veram offensionem non inducunt, & nihil aliud sunt, quam verba, quæ verbis, non verberibus sunt repellenda. Ille enim qui minarum aculeos sentit, vitæ periculo adhuc caret, & petere potest cautionem de non offendendo. Arum. *ad π. disp. 1. th. 1. circa fin.* At si minans signa animi nocere volentis edat, ut puta si gladium stringat, hastam arripiat, draconem bombardæ attrahat, recte nos opponimus, quia jam in vitæ periculo versamur.

§. XXIX.

Verum enim vero, cum defensio plus in factis, de quibus nihil certi, propter nimiam eorum varietatem, tradi potest, quam jure consistat, & ita Judici sit committenda, qui ut vir bonus, exploratis circumstantiis, & expensis conjecturis pronunciet, an quis intra inculpatæ defensionis cancellos steterit. Plura de ejus forma seu moderamine non apponemus, sed ad finem progrediemur.

§. XXX.

Finis itaque est duplex: Principalis, & minus principalis. Principalis, quem defensor primario sibi in animo habet propositum, est tutela. *l. 3. π. de J. & J. ibi: ob tutelam.* Ideo enim vim atque injuriam

riam quisque propulsat, ut se, suos & sua defendat. Minus principalis, qui præter defensoris intentionem plerumque accidit, est occisio assilientis: quia defensor, quando animadvertit, suam salutem unice in offendentis morte esse sitam, præter primam intentionem eo defensionem dirigit, ut aggressori vitam adimat. Interdum tamen hic finis tanquam intermedius & subordinatus intentioni inest. e. g. Si quis tanto in me irruerit impetu, ut nisi ipsum interimerem, nulla salutis spes superesset, tunc occidendi animo oblatam vim reprimere possum. Et recte hoc: nam intendens aliquem finem licitum, licite etiam intendit media ad finem consequendum necessaria. Media quippe sapiunt naturam extremorum. Everh. *in Logic. legal. ab Ext. n.* 1. Atqui defensio est finis omni jure permissus. E. & jura, quæ volunt consequens, volunt quoque antecedens, sine quo consequens illud parari nequit.

§. XXXI.

Sequitur nunc effectus: qui iterum duplex: Principalis & accidentarius. Principalis, qui ex intentione agentis seu defensoris per se fluit, est salus vel propria vel aliena, tam personarum, quam rerum. Defensor enim in id principaliter incumbit, ut vel se vel alium incolumem conservet. Accidentarius effectus est aggressoris occisio: etenim contingit interdum, ut defensor, quando in defendendo occupatus est, illum, qui vim facit, occidat. Accedit alius effectus, utpote impunitas defensoris. Qui enim in defensione invasorem mutilat, vel plane interficit, nec pœnam fractæ pacis, nec homicidii, nec aliam irregularem seu arbitrariam incurrit. Sic neque de expensis, neque de ullo damno occisi hæredibus tenetur. *Constit. Crim. Carol. V. art.* 139. *ibi*: Der ist darum niemands nicht schuldig. *& art. seq.* 140. *ibi*: Der mag sein Leib und Leben ohne alle Straffe durch eine Gegenwehr retten: & post: und so er also den Benöthiger entleibet, ist er darum nichts schuldig: Si est donatarius, qui ob sui defensionem donatorem interfecit, re donata privari nequit. Si est vasallus, qui sui defendendi causa, domino violentas intulit manus, feudum retinet. Quia quicquid fecit defensor, jure fecit. *l. 3. de J. & J* nemini vero facit injuriam vel damnum, qui suo utitur jure. *l. 55. de R. J.* & culpa caret tam

in foro poli, quam in foro soli. Danæus *Eth. Christ. lib. 2. c.* 13. Krœmberg *de Necess. Defens. q.* 1. *n.* 29. *& seqq.* Grotius *lib.* 1. *de* J. *B. & P. cap.* 3. *n.* 3.

§. XXXII.

Consideratis nunc iis, quæ defensionem absolute constituunt, operæ pretium est, ut ejus cognata & repugnantia perpendamus. Cognationem ergo cum defensione necessaria habet. Primo: Defensio brutorum I. Ratione generis: quia hæc non minus, quam illa propulsatio nominari potest. II. Causæ efficientis generalis, quæ est instinctus naturæ: quia tam feris, quam hominibus ipsa natura præscripsit, ut omnem semper vim, quacunque ope possent, à corpore, à capite, à vita sua propulsarent. Cic. *in orat. pro Mil.* III. Objecti, quia utraque circa vim & offensionem versatur. IV. Finis; quia ambæ ob tutelam instituuntur. Secundo defensio judicialis, ratione subjecti & objecti: quia & hæc vel propriæ vel alienæ defensionis causa suscipitur. Tertio duellum, quo ob bonum publicum, patriamve alter cum altero dimicat, vel in quod Princeps, Comes, Baro &c. pro tutela Principatus, Comitatus, Baronatus, cum alio Principe, Comite, Barone, à quo bello agitatur, descendit: ita, ut ipsi soli semoto exercitu certantes contentionem finiant. Ejusmodi pugna fuit inter Davidem & Goliathum. 1. *Sam.* 17. Item inter Carolum Andagavensem & Petrum Tarraconensem, qui diuturno de Insula Sicilia bello distracti, tandem μονομαχίᾳ pacti sunt, & juramento sanxerunt, uter vinceretur, dominio & possessioni cederet, nec amplius de iis controversiam moveret. Bocer. *lib.* 2. *de duell. cap.* 3. Tale, dicimus, duellum affine est defensioni respectu finis & objecti; quatenus scil. illo, lege quasi manuaria una cum bono publico propria salus quæritur.

§. XXXIII.

Sed uti hæc cognata, ita vicissim diversa. Primo enim defensio brutorum differt à defensione hominum causa Efficiente speciali & forma, quia hominem ad defensionem incitat ratio naturalis, eidemque certum præscribit modum, extra quem prodire nefas est. At reliqua animalia solus naturæ instinctus ad defensionem impellit, & nul-

nullum iis modum, quem in defendendo observet, constituit? alioquin æquali cum homine justitia essent prædita, quod dictu absurdum. Nam bestiæ juris perinde ac rationis sunt expertes: & propterea, quamvis à communi natura oriatur defensio, non tamen ab eadem est justa. Salom. *in repet. l. 3. de J. & J. n. 13.* Deinde defensio judicialis à defensione necessaria multum discrepat; illa enim est ordinarium remedium, hæc extraordinarium. Illa habet diversissima ab hac requisita & formam. Idem etiam in duello, si ejus formam consideraverimus, elucebit.

§. XXXIV.

Cæterum repugnat defensioni, siquis non inculpate vim atque injuriam propulsat; sed defensionis terminos excedit. Hic excessus vel est, si pulsatio præcedat offensionem, vel vindicta si sequatur: & quatuor potissimum fieri potest modis. I. Si quis suas extra ædes sibi minantem, vel se ad pugnam provocantem, quem occluso ostio vitare posset, lapidibus obruit, aut ei coram resistit, cumque illo manus confert. II. Si vis atque injuria sine armis illata, armis repellitur. (Excipiuntur duo casus. Primo quando quis eum in finem tela objicit, ut caveat ne verberetur, adversarius vero pulsando instat; sane, si tum pugnis læsus ense alterum ferit, recte facit, quia ista plagarum iteratio & instantia lædendi animum indicant. Secundo quando valetudinarius, senex, aut alius infirmus à valido pugnis percutitur, tum ille armis ab hoc inermi se jure defendit, quia aliter se tueri non potest, cum debiles & ad vim repellendam minime idoneas manus habeat.) III. Si quis graviori vulnere vel etiam cum cæde alterius vim propulsat, quæ leviori plaga aut sine cæde repelli potuisset. IV. Modus, quo defensionis moderamen violatur, est, si quis cessante offensione, vi adhuc instat, ac invasorem post illatam vim vel sua sponte vel armorum metu fugientem insequitur, & interficit. Hæc mera est vindicta. Consentit *Constit. Crim. Carol. V, art. 142. ibi*: oder meldet, daß der Entleibte nach gethaner erster Benöthigung gewichen, dem der Todtschläger aus freyem und ungenöther Ding nachgefolget, und ihn allererst in der Nachfolge erschlagen hätte. Exceptionis tamen loco observandum est: si aggressor fugeret animo colligendi sese ad redin-

dintegrandam pugnam, & iterum percussurus staret, percussus vere ante fugam illum percutiendo præveniret; ista percussio justæ defensioni, non vindictæ adscribatur. Zoan. *in tract. tripart. defens. part. 2. n.* 61. Salom. *dict. repet. n.* 2.

§. XXXV.

Quæritur hic: An is, qui non servato inculpatæ tutelæ moderamine aggressorem occidit, ordinaria homicidii pœna sit plectendus? Negativa his fulcitur rationibus. I. Ubi non est dolus & delinquendi προαίρεσις, ibi cessat pœna Legis. Cornel. *de sic. l.* 1. §. 1. §. 3. *π. d. t. l.* 1. *C. eod.* At illa in transiliente defensionis inculpatæ terminos non reperiuntur, quia per iram justo dolore & metu excussam delinquit. Quicquid autem delinquitur per iram, non proprie dolose, & ex animo factum dicitur. *l.* 1. §. 5. *π. ad SCt. Turpill.* Dolor enim rapit plenitudinem intellectus, & metus instantis periculi tollit rectum judicium, consiliumque deliberandi. Gail. *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 20. Quemadmodum etiam fumus oculos hebetat, ne videre possint ea, quæ ante pedes sunt; sic inflammata ira rationi caligo obducitur, ut se ipsum haud ulla cogitatione cognoscere queat, ergo ordinarie non puniatur; junge *l.* 38. §. 8. *ff. ad L. Jul. de adult. l.* 4. *in fin. C. eod.* Quod si tamen aggressio non tam vehemens sit, ut inde periculum extimescendum; tunc sane iracundia & dolor maleficium non extenuant. *l.* 184. *π. de R. J. l.* 5. & 6. *ff. quod met. caus. Constit. Crim. Car. V. art.* 152. *ver. fin. ibi*: Ist noch gar eben zu ermessen, wie viel oder wenig der Thäter Ursach zur That gehabt habe, und daß fürder die Straffe an Leib, Leben, oder aber zur Buß und Besserung erkannt werde. II. Excessum in defensione committens ab initio rei licitæ operam dedit, & ipsa necessitas, qua doli præsumtio excluditur, Gail. *lib.* 2. *obs.* 110. *n.* 11. defensionem postulavit. Potius igitur necessitati defensionis, quam perturbatæ voluntati defensoris, qui stateram in manu non habet, ut dare ictus & vulnera ad mensuram possit, excessus assignandus est; Et ita hic actus, ex quo grave & leve delictum colligi potest, in dubio pro levi interpretationem capiat. *l.* 32. *in fin. l.* 42. *π. de pœn. l.* 9. *l.* 155. *de R. J.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 110. *n.* 5.

§. XXXVI.

§. XXXVI.

Absolutis oppositis, adjicienda quædam restant de defensionis probatione. Hæc defensori, nisi se ipsum homicidii insimulare velit, summe necessaria est, quia vis & cædes illicite factæ existimantur usque adeo, donec contrarium demonstretur. *l. 1. C. ad L. Corn. de sic.* Et qui prætendit tutelam, probare id quod dicit, tenetur. *Const. Crim. Carol. V. art.* 141. cujus hæc sunt verba: Welcher sich aber nach Erfindung der That, einer gethanen Nothwehr gerühmet oder gebrauchen will, und der Ankläger, der nicht geständig ist, so leget das Recht dem Thäter auf solche berühmte Nothwehr obgemeldter massen zu recht gnug zu beweisen, beweiset er die nicht, er wird schuldig gehalten. Ideo probationes tanto magis conspicuæ pro occisore contra natam præsumtionem desiderantur. *l. fin. in pr. π. quod met. caus.* Zoan. *de tract. tripart. part. 2. n. 34.*

§. XXXVII.

Sufficiens autem est probatio pro reo, quando probat, se priori occisi vel debilitati assultu commotum & coactum. Necessaria enim tutela in prius facta insultatione maxime fundatur. Id non obscure arguit *l. 2. ibi: percussus l. 3. ibi: percussorem. C. ad L. Corn. de sic. l. 52. §. 1. in verb. quoniam prior flagello percussus est. π. ad L. Aquil. Constit. Crim. Caroli V. art.* 142. *in princ.* ubi dicitur: Die Nothwehr ist auf der ersten tödtlichen Anfechtung gegründet. Et circa fin. fermè ejusd. So der verklagte Todtschläger seiner berühmten Nothwehr halb ausfündig macht, daß er von dem Entleibten mit einer tödtlichen Wehr erstlich angefochten worden wär, so ist die Nothwehr durch den verklagten Todtschläger ausgeführet.

§. XXXVIII.

Sunt, qui putant, non sufficere, ut petitio seu provocatio injusta probetur, sed omnino opus esse necessariæ defensionis probatione. Quia, dicunt I. qui aliter se tueri non potest, si insultantem interficiat, est innoxius. *l. 45. §. 4. π. ad L. Aquil. l. 2. C. ad L. Cornel. de sic. Clement. unic. de homicid.* II. Quoties ad actum certa requiritur qualitas, non solus actus, sed ipsa quoque qualitas probetur. At

in defensione necessaria, necessitas & moderamen requiruntur, ut qualitas, E. Sed nos sententiam in præcedenti thesi confirmatam ab errore immunem esse dicimus, & respondemus ad I. quod Lex præsumat invasum cum armis in vitæ periculo fuisse versatum, & necessario defensionem adhibuisse. Ad II. Majorem procedere in qualitate extrinseca ab actu separata, quæ se habet ad & esse non esse. Atqui intrinseca qualitas, de qua minor loquitur, probato facto, satis probata censetur, quia rei seu actui formam addit, & inseparabilis est à se formata specie; qua detracta, res seu actus fit alius.

§. XXXIX.

Præterea probatio ista fit testibus, præsumtionibus & conjecturis. Testes ob favorabilem & privilegiatam defensionis causam præter alios admittuntur alias de jure suspecti & minus idonei, puta frater pro fratre, consanguineus pro consanguineo, domesticus pro domestico. Gail. *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 22. Struv. *in tract. de Priv. Vind. cap.* 4. *aphor.* 8. *n.* 6. Mascard. *de Probat. conclus.* 490 *n.* 4. Romul. *in Comp. de homic. part.* 1. *n.* 78. Uxor pro marito, & similes; alias mulier in criminalibus non facile ad testimonium dicendum admittitur, Nepos de monte Alban. *tract. de Test. n.* 66. Jabob. Ægid. *tract. eod. n.* 5. ad probationem tamen defensionis recte adhibetur, quemadmodum Scabinatum Lipsiens. Mens. Septemb. Anno 1573. pronunciasse testatur Berlichius *part.* 4. *concl.* 14. *n.* 24. Probet tamen prius tales testes producens, quod veritas aliter cognosci nequeat: alioquin semper inhabiles testes introduceret, dicendo: alios rei veritatem latere. Mynsing. *cent.* 1. *observ.* 16. Prædictis testibus annumerantur etiam, qui de crudelitate deponunt, hoc est, qui ajunt, se existimare, homicidium ad defensionem esse factum. Bocerus & Gailius *d. l.* Similiter testes maleficium negantes, qui perhibent; non potuisse fieri aut esse, quin vidissent vel scivissent. In defensionis enim probatione tantum duobus testibus factum negantibus, quantum duobus affirmantibus creditur. Gail *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 23. Bocer. *d. cap.* 10. *n.* 84. Prosper. Farin. *in pract. crim. part.* 4. *tit.* 14. *de hom. quæst.* 125. Wesenbec. *in Consil.* 19. 21.

§. XL.

§. XL.

Præsumtiones ita qualificatæ, ut à dolo occisorem purgent, eundem pœnæ homicidii eximunt. Tales inter præsumtiones primaria est ipsum occisi testimonium, quo percussorem ante obitum sublevat, & ostendit se propria culpa perire. *l. 2. π. de SCt. Silan.* Si vero occisus in agone mortis contrarium fuit testificatus; huic testificationi non est credendum, nisi probetur; *l. 3. §. 1. d. t. π. de SCt. Silan.* & justæ offensionis causæ allegentur; vel nisi Judici de facto aliunde constare possit. Morienti enim soli in sui ipsius præjudicium, non in alterius credendum est.

§. XLI.

Conjecturæ, quæ certis & invariabilibus regulis comprehendi nequeunt, circa defensionis probationem diligenter sunt attendendæ; præsertim si nemo sciat, quis primum impetum fecerit, seu quis ansam delicto præbuerit. *Constit. Criminal. Carol. V. art. 143. in pr.* So einer jemand entleibt, das niemand gesehen hat, und will sich einer Nothwehr gebrauchen, die ihm die Kläger nicht gestehen, in solchen Fällen ist anzusehen der gute und böse Stand jeder Person, die Stadt, da der Todtschlag geschehen ist, was auch jeder für Wunden und Wehr gehabt, und wie sich jeder Theil, in dergleichen Fällen, vor und nach der That gehalten habe &c. ex qua & *art. 25. ibi:* ob der Verdacht eine solche verwegene oder leichtfertige Person, von bösem Leumuth und Gerücht sey, daß man sich der Missethat zu ihr versehen möge, nec non *art. 26. ejusd. Constit. Crim. ibi:* Der wird für ein Mißgönner und grössern Feind seines Widertheils geacht. & paulo post: Und wo sonst die Person ihres Wesens verdächtig wäre, videre est, conjecturas esse sumendas à persona, loco, tempore, genere armorum & præcedentibus inimicitiis. Quæ omnia Judex qualitate facti & circumstantiis accurate inquisitis, deliberare, & statera æqui & boni examinare potest & debet.

§. XLII.

Si vero sufficientes pro reo conjecturæ & fortiores præsumtiones extent, æquum est, inultus ut dimittatur. P. H. O. *art. 143. ibi:*

Und wo die Vermuthung der Nothwehr, wider die bekäntliche That, statt haben soll, so muß dieselbe Vermuthung gar gute, starcke, beständige Ursachen haben; Aber der Thäter möchte wider den Entleibten, so viel böser, und sein selb halb, so viel guter, starcker Vermuthung darbringen, ihm wäre der Nothwehr zu glauben; vel ratione circumstantiarum mitius puniatur: quia talibus conjecturis præsumtio adversus reum concepta si non plane eliditur, adeo tamen dubia redditur, ut reus tanquam homicida condemnari non debeat. Obr. *de necess. Defens. cap.* 14. *n.* 40. Kornmann. *p. m. in Disput. de priv. vind.* Et sic etiam, si quædam indicia sunt pro reo, quædam contra reum, in leviorem absolutionis partem declinandum est. Wesenb. *in Parat. ff. ad L. Cornel. de sic. n.* 21. Quia in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius; *l.* 192. §. 1. *π. de R. J.* cum promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum; *c. ex literis.* 3. *vers. quod si. X. de probat.* cum & satius sit impunitum relinqui facinus, quam innocentem condemnare. *l.* 5. *in pr. ff. de pœn.* Melius enim est Deo misericordiæ rationem reddere, quam crudelitatis & inclementiæ.

§. XLIII.

Sin autem paucissimæ simulque nimis ambiguæ pro reo conjecturæ, vel omnino nullæ inveniantur; & ipse tutelam probare nequit, non inique torturæ subjicitur. Nam nequi absolvi potest, quia constat, quod cædem patraverit, neque capitaliter damnari, cum ignoretur, quomodo cædes sit facta. Wesenb. *in π. ff. ad L. Cornel. de sic. n.* 22. Capitalis enim sententia in neminem nisi plene convictum & confessum promatur. *l.* 16. *C. de pœn.* Interim valde adhuc suspectus manet; at verisimili & firma suspicione perstrictus recte quæstioni datur. *l.* 1. §. 1. *q.* 1. *l. fin. π. de qu.* & tum si negationi inhæret, & dicit, se homicidium sui defendendi causa fecisse, eo ipso præsumtionem contra se ortam tollit, proinde est absolvendus. Obr. *d. tract. c.* 14. *n.* 42. *de necess. Defens.* Add. & vid. latius de probatione necessariæ Defensionis Farinac. *pract. crim. p.* 4. *tit.* 14. *q.* 125. *part.* 7. §. 1. Dambhud. *prax. crim. c.* 76. *n.* 4. *& seqq.* Mascard. *de probat. conclus.* 490. Menoch. *lib.* 2. *de arb. jud. quæst. cent.* 3. *cas.* 279. Jul. Clar. §. *homicidium. n.* 33. *&* 35. Gail. *lib.* 1. *de pac. publ. cap.* 16. *n.* 1. 10. 22. *&* 23.

Gilhausen *de arb. jud. crim. c. 6. part.* 1. §. 24. *&* 25. Joh. Gräk. *tr. de aut. priv. cap.* 6. Molin. *Tom.* 4. *de J. & J. tr. disput.* 31.

Et hæc sunt, quæ inpræsentiarum pro instituti mei ratione, ex uberrima illa materia, de Necessaria Defensione Extrajudiciali, seligere animus fuit, plura additurus, ni tractatu potius scribendo, quam Disputatione conficienda molestus esse viderer, igitur veniam ab æquo Lectore summopere peto.

Dissertatio inauguralis de Abolitionibus & jure tertii circa eas, Præside CHRISTIANO WILDVOGELIO, JCto, Ducis Saxo-Isenacensis Consiliario Status intimo, Curiæ provincialis Assessore, & Scabinatus nec non Facultatis Juridicæ Seniore & Antecessore, Jenæ die 21. Junii M DCC XXVII. POLYCARPUS CHRISTIANUS MECKBACH, Langensalzensis.

SUMMARIA.

1. *Introitus.*
2. *Abolitionis etymologia & synonimia.*
3. *Per vocabulum Juris, quid hic intelligatur?*
4. *Quinam tertius dicatur?*
5. *Abolitio quotuplex sit?*
6. *Abolitionis civilis origo.*
7. *Abolitionis civilis definitio.*
8. *Ejus divisio in generalem, specialem & legalem.*
9. *Quid sit Abolitio generalis?*
10. *Subjectum Abolitionis generalis.*
11. *Ejus effectus.*
12. *Quid sit Abolitio specialis? A quo nam petenda veniat?*
13. *An omnes accusatores indistincte eam accipiant? Quonam tempore peti debeat? Quando invito reo concedatur? Quando consensus rei adesse debeat?*

14. *Effectus Abolitionis specialis.*
15. *Abolitio legalis quænam dicatur?*
16. *Abolitio civilis an adhuc hodie sit in usu?*
17. *Abolitionis Rom. Affinia.*
18. *Transitus ad Abolitionem hodiernam.*
19. *Quomodo Abolitio hodierna à Romana differat?*
20. *Abolitionis hodiernæ affinia.*
21. *Divisio Abolitionis hodiernæ in generalem & specialem. Generalis varie distinguitur.*
22. *Quid sit Abolitio specialis?*
23. *Alia distinctio Abolitionis.*
24. *Adhuc aliæ distinctiones.*
25. *Cuinam Jus abolendi competat?*
26. *Magistratus, an possit abolere crimina?*
27. *Princeps, an circa omnia delicta Abolitionem concedere possit?*
28. *Quæstio est juridica non theologica.*
29. *Jus abolendi Juri Naturæ non contrariatur.*
30. *Reipublicæ an Jus abolendi noceat?*
31. *Principi an Abolitionem datam revocare liceat? Negatur.*
32. *Successori an Abolitionem antecessoris revocare sit permissum? Resp. disting.*
33. *Abolitionis hodiernæ effectus.*
34. *Interesse tertii an per Abolitionem Principis possit lædere? Negatur. Si Abolitio à Principe est impetrata, antequam commodum circa delictum tertio competens est præstitum.*
35. *Inquisitioni novæ ratione commodi privati adhuc est locus. Hæc inquisitio propter interesse tertii instituenda, an ad pœnam extendi possit? Negatur.*
36. *Res ratione interesse privati enumerandis quibusdam casibus clarius reddatur.*
37. *Alius adhuc casus.*
38. *Civibus an contra Senatorem Abolitionem ratione delicti denunciati impetrantem se movere & eum rejicere sit permissum?*
39. *Civibus contra Senatorem ob delictum denunciatum Abolitionem impetrantem, ratione sui officii, se movere non est permissum.*

40. *Respon-*

Digitized by Google

40. *Respondetur ad objectiones quorundam Doctorum contra hanc thesin excogitatas.*
41. *Adducuntur D D. eorumque rationes cum nostra sententia facientes.*
42. *Respons. ad quæst. An Magistratus Senatorem vel Officialem Abolitionem habentem rejicere sit permissum. Negatur.*
43. *Qui factum abolitum audet resuscitare, injuriarum reus habetur, & desuper propter despectum erga Principem ejusque Jura, pœna afficitur.*

§. I.

COmmunis est Disputantium methodus, ut; antequam ad pleniorem susceptæ materiæ explicationem accedant, prius vocum origines ac diversas earum significationes paucis delibent atque attingant; Nos etiam eandem viam (cum verba materiæ juxta §. 3. J. *de donat.* inservire debeant, ut illud, de quo disputatur, explanetur, & ita omnis verborum error & dissensus evitetur, Tullius *lib.* 1. *de Orat. p. m.* 88. eligentes, sequentia, antequam rem ipsam aggrediamur, præmittere, haud abs re esse ducimus.

§. II.

Verbum abolere (unde nomen abolitio descendit) compositum est ex vocabulis ab & olere; de ratione hujus derivationis jam non erimus soliciti; missa igitur etymologia & homonymia progredimur ad synonyma; significat autem abolere idem ac delere, tollere, abrogare, per fictionem juris pro nihilo reputare, vertilgen, aufheben, abthun, abschaffen; sic abolitio sententiæ, legis, Processus accusatorii & inquisitorii, notat abrogationem; quo sensu Ulpianus ad *SCt. Turpill. L.* 12. *interveniente publica abolitione ex Senatus Consulto*, accipit vocabulum abolitionis. Ita in communi loquendi usu per rem abolitam, eine abolirte Sache, intelligimus eine cassirte, abgethane, aufgehobene Sache.

§. III.

Vocabulum Juris hic non sumitur pro norma sive regula à superio-

periore præſcripta, & obligationem inferente; ſed denotat facultatem moralem, juſte (ſalva juſtitia) quid habendi vel agendi; dum enim tertius habet intereſſe vel commodum privatum circa abolitionem, quod ſalva juſtitia urgere poteſt, ne iſta effectum ſortiatur, dicitur ei competere Jus circa eam.

§. IV.

Vocabulum tertii, quod ſpectat, opponitur illud ei, qui abolitionem conceſſit, & ei, qui illam accepit, hinc præter hos duos quilibet hic vocatur tertius.

§. V.

Abolitio autem noſtra duplici modo venit conſideranda; alia enim eſt Juris Civilis, alia autem uſus moderni, hinc etiam titulus Diſſertationis noſtræ non de abolitione, ſed de abolitionibus inſcribitur.

§. VI.

Abolitio, ſi Jus Civile ſpectes, ſupponit Romanorum accuſationes, quas ſemel in Judicio inſtitutas accuſatores ariminum pro lubitu derelinquere non poterant; hinc ejus origo à priſcis LL. quibus prudens antiquitas accuſandi temeritatem coercuit, tota dependet, vid. Ericus Mauritius *in Diſſert. de Abolit.* quam ſub Præſidio Tulsneri Gieſſæ habuit anno 1652. *th.* 3. Cum enim Jure Civili crimina accuſare de genere permiſſorum eſſet, & communiter omnis accuſator in dubio legitimus præſumeretur, niſi jure prohiberetur *l.* 8. 9. 10. *ff. de accuſat. & inſcript.* vid. Lauterbach. *in Coll. theor. pract. ad lib.* 48. *tit.* 2. §. 11. accidebat, ut multi, non ex zelo Juſtitiæ, ſed magis ex nequitia ad accuſationem proſilirent; hinc Romani, ad reprimandam hancce temeritatem, cavebant, ut in poſterum aliquis alium criminis reum non faceret, niſi præceſſiſſet inſcriptio, quo pertinet *tit. ff. de accuſat. & inſcript.* hocce enim Jure, Accuſatores Libello oblato ſtatim in crimen ſubſcribere, & ſe ad pœnam talionis obligare debebant, ſi calumniæ convicti fuerint *l.* 3. §. 2. *l.* 7. *pr. ff. b. t.* Lauterbach. *in Coll. pr. lib.* 48. *tit.* 2. §. 17. Intereſt quidem Reipublicæ, ne delicta ma-

maneant occulta & impunita; ast ad salutem Reipublicæ æque spectat, ne membra ipsius lædantur; ea vero gravissima læsio foret, immerentis & innoxii nomen ad Judicium deferre, eumque improbo prorsus conatu suspectum reddere; quare Legislatores iniquo huic conatui obviam ivere, & multis sanctionibus pœnalibus contra impietatem hujusmodi hominum justa ex causa innocentes armarunt. Si igitur Accusatores non recte se gerebant Romæ 1.) calumniando scil. alios, dum dolo malo falsa crimina imputabant, *l.* 1. §. 1. *ad SC. Turpill.* per Legem Remniam (alii malunt legere Memmiam, vid. Maurit. *d. l.* § 7.) inurebatur illorum frontibus lit. K. (veteres enim vocem calumniator aliquando per literam K. scribebant) *l.* 17. *C de pœn.* Lauterb. *in Comp. lib.* 48. *tit.* 16. Jure Codicis pœna erat talio *l. ult. C. de accusat.* 2.) Prævaricando, h. e. dolose colludendo in Judicio cum reo, ut ipse absolvatur, dum proprias probationes veras dissimulat, falsas vero Rei admittit *l.* 1. §. 6. *ad SCt. Turpill.* Hi publico Judicio accusabantur *l.* 3. *pr.* ad eam pœnam perferendam, qua liberarant reum; & fiebant infames. *l.* 4. *de prævaric. l.* 4. §. 4. *de his qui notantur infam.* 3.) Tergiversando sive intermittendo publicam accusationem, abolitione non interveniente. Hi incidebant in SCt. Turpillianum & puniebantur infamia & quinque libr. auri, & ab accusatione repellebantur. *l.* 3. §. *f. de prævaric. l.* 2. *ff. ad SCt. Turpill.*

§. VII.

Cum tamen sæpe accideret, ut accusatores ira, errore, vel alia causa ducti, accusationem arriperent, durum videbatur, pœnam hanc in istos alias statutam cæteris paribus exequi, utpote qui nunquam animum alterum lædendi habuissent, sed potius eam, quam sibi putabant illatam, vindicandi injuriam, præsertim cum Leges nulla esse præciperent, quæ per errorem facta sunt, nec ratum vellent, quod in calore iracundiæ est actum; Mauritius *dict. dissert. th.* 4. hinc inventa & excogitata etiam est abolitio, quæ ita definiri potest, quod scil. necessitatis accusationem peragendi, nondum lata sententia definitiva, facta remissio, quæ accusatio hoc loco non civilem actionem notat, sed criminalem. Mauritius, *cit. diss. th.* 1.

dintegrandam pugnam, & iterum percussurus staret, percussus vero ante fugam illum percutiendo præveniret; ista percussio justæ defensioni, non vindictæ adscribatur. Zoan. *in tract. tripart. defens. part. 2. n.* 61. Salom. *dict. repet. n.* 2.

§. XXXV.

Quæritur hic: An is, qui non servato inculpatæ tutelæ moderamine aggressorem occidit, ordinaria homicidii pœna sit plectendus? Negativa his fulcitur rationibus. I. Ubi non est dolus & delinquendi *προαίρεσις*, ibi cessat pœna Legis. Cornel. *de sic. l.* 1. §. 1. §. 3. *π. d. t. l.* 1. *C. eod.* At illa in transiliente defensionis inculpatæ terminos non reperiuntur, quia per iram justo dolore & metu excussam delinquit. Quicquid autem delinquitur per iram, non proprie dolose, & ex animo factum dicitur. *l.* 1. §. 5. *π. ad SCt. Turpill.* Dolor enim rapit plenitudinem intellectus, & metus instantis periculi tollit rectum judicium, consiliumque deliberandi. Gail. *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 20. Quemadmodum etiam fumus oculos hebetat, ne videre possint ea, quæ ante pedes sunt; sic inflammata ira rationi caligo obducitur, ut se ipsum haud ulla cogitatione cognoscere queat, ergo ordinariè non puniatur; junge *l.* 38. §. 8. *ff. ad L. Jul. de adult. l.* 4. *in fin. C. eod.* Quod si tamen aggressio non tam vehemens sit, ut inde periculum extimescendum; tunc sane iracundia & dolor maleficium non extenuant. *l.* 184. *π. de R. J. l.* 5. *&* 6. *ff. quod met. caus. Constit. Crim. Car. V. art.* 152. *ver. fin. ibi*: Ist noch gar eben zu ermessen, wie viel oder wenig der Thäter Ursach zur That gehabt habe, und daß fürder die Straffe an Leib, Leben, oder aber zur Buß und Besserung erkannt werde. II. Excessum in defensione committens ab initio rei licitæ operam dedit, & ipsa necessitas, qua doli præsumtio excluditur, Gail. *lib.* 2. *obs.* 110. *n.* 11. defensionem postulavit. Potius igitur necessitati defensionis, quam perturbatæ voluntati defensoris, qui stateram in manu non habet, ut dare ictus & vulnera ad mensuram possit, excessus assignandus est; Et ita hic actus, ex quo grave & leve delictum colligi potest, in dubio pro levi interpretationem capiat. *l.* 32. *in fin. l.* 42. *π. de pæn. l.* 9. *l.* 155. *de R. J.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 110. *n.* 5.

§. XXXVI.

§. XXXVI.

Abſolutis oppoſitis, adjicienda quædam reſtant de defenſionis probatione. Hæc defenſori, niſi ſe ipſum homicidii inſimulare velit, ſumme neceſſaria eſt, quia vis & cædes illicite factæ exiſtimantur usque adeo, donec contrarium demonſtretur. *l. 1. C. ad L. Corn. de ſic.* Et qui prætendit tutelam, probare id quod dicit, tenetur. *Conſt. Crim. Carol. V. art.* 141. cujus hæc ſunt verba: Welcher ſich aber nach Erfindung der That, einer gethanen Nothwehr gerühmet oder gebrauchen will, und der Ankläger, der nicht geſtändig iſt, ſo leget das Recht dem Thäter auf ſolche berühmte Nothwehr obgemeldter maſſen zu recht gnug zu beweiſen, beweiſet er die nicht, er wird ſchuldig gehalten. Ideo probationes tanto magis conſpicuæ pro occiſore contra natam præſumtionem deſiderantur. *l. fin. in pr. π. quod met. cauſ.* Zoan. *de tract. tripart. part. 2. n. 34.*

§. XXXVII.

Sufficiens autem eſt probatio pro reo, quando probat, ſe priori occiſi vel debilitati aſſultu commotum & coactum. Neceſſaria enim tutela in prius facta inſultatione maxime fundatur. Id non obſcure arguit *l. 2. ibi: percuſſus l. 3. ibi: percuſſorem. C. ad L. Corn. de ſic. l. 52. §. 1. in verb. quoniam prior flagello percuſſus eſt. π. ad L. Aquil. Conſtit. Crim. Caroli V. art.* 142. *in princ.* ubi dicitur: Die Nothwehr iſt auf der erſten tödtlichen Anfechtung gegründet. Et circa fin. fermè ejusd. So der verklagte Todtſchläger ſeiner berühmten Nothwehr halb ausfündig macht, daß er von dem Entleibten mit einer tödtlichen Wehr erſtlich angefochten worden wär, ſo iſt die Nothwehr durch den verklagten Todtſchläger ausgeführet.

§. XXXVIII.

Sunt, qui putant, non ſufficere, ut petitio ſeu provocatio injuſta probetur, ſed omnino opus eſſe neceſſariæ defenſionis probatione. Quia, dicunt I. qui aliter ſe tueri non poteſt, ſi inſultantem interficiat, eſt innoxius. *l. 45. §. 4. π. ad L. Aquil. l. 2. C. ad L. Cornel. de ſic. Clement. unic. de homicid.* II. Quoties ad actum certa requiritur qualitas, non ſolus actus, ſed ipſa quoque qualitas probetur. At

in defensione necessaria, necessitas & moderamen requiruntur, ut qualitas, E. Sed nos sententiam in præcedenti thesi confirmatam ab errore immunem esse dicimus, & respondemus ad I. quod Lex præsumat invasum cum armis in vitæ periculo fuisse versatum, & necessario defensionem adhibuisse. Ad II. Majorem procedere in qualitate extrinseca ab actu separata, quæ se habet ad & esse non esse. Atqui intrinseca qualitas, de qua minor loquitur, probato facto, satis probata censetur, quia rei seu actui formam addit, & inseparabilis est à se formata specie; qua detracta, res seu actus fit alius.

§. XXXIX.

Præterea probatio ista fit testibus, præsumtionibus & conjecturis. Testes ob favorabilem & privilegiatam defensionis causam præter alios admittuntur alias de jure suspecti & minus idonei, puta frater pro fratre, consanguineus pro consanguineo, domesticus pro domestico. Gail. *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 22. Struv. *in tract. de Priv. Vind. cap.* 4. *aphor.* 8. *n.* 6. Mascard. *de Probat. conclus.* 490 *n.* 4. Romul. *in Comp. de homic. part.* 1. *n.* 78. Uxor pro marito, & similes; alias mulier in criminalibus non facile ad testimonium dicendum admittitur, Nepos de monte Alban. *tract. de Test. n.* 66. Jabob. Ægid. *tract. eod. n.* 5. ad probationem tamen defensionis recte adhibetur, quemadmodum Scabinatum Lipsienf. Mens. Septemb. Anno 1573. pronunciasse testatur Berlichius *part.* 4 *concl.* 14. *n.* 24. Probet tamen prius tales testes producens, quod veritas aliter cognosci nequeat: alioquin semper inhabiles testes introduceret, dicendo: alios rei veritatem latere. Mynsing. *cent.* 3. *observ.* 16. Prædictis testibus annumerantur etiam, qui de crudelitate deponunt, hoc est, qui ajunt, se existimare, homicidium ad defensionem esse factum. Bocerus & Gailius *d. l.* Similiter testes maleficium negantes, qui perhibent; non potuisse fieri aut esse, quin vidissent vel scivissent. In defensionis enim probatione tantum duobus testibus factum negantibus, quantum duobus affirmantibus creditur. Gail *lib.* 1. *de P. P. cap.* 16. *n.* 23. Bocer. *d. cap.* 10. *n.* 84 Prosper. Farin. *in pract. crim. part.* 4. *tit.* 14. *de hom. quæst.* 125. Wesenbec. *in Consil.* 19. 21.

§. XL.

§. XL.

Præsumtiones ita qualificatæ, ut à dolo occisorem purgent, eundem pœnæ homicidii eximunt. Tales inter præsumtiones primaria est ipsum occisi testimonium, quo percussorem ante obitum sublevat, & ostendit se propria culpa perire. *l. 2. ff. de SCt. Silan.* Si vero occisus in agone mortis contrarium fuit testificatus; huic testificationi non est credendum, nisi probetur; *l. 3. §. 1. d. t. ff. de SCt. Silan.* & justæ offensionis causæ allegentur; vel nisi Judici de facto aliunde constare possit. Morienti enim soli in sui ipsius præjudicium, non in alterius credendum est.

§. XLI.

Conjecturæ, quæ certis & invariabilibus regulis comprehendi nequeunt, circa defensionis probationem diligenter sunt attendendæ; præsertim si nemo sciat, quis primum impetum fecerit, seu quis ansam delicto præbuerit. *Constit. Criminal. Carol. V. art. 143. in pr.* So einer jemand entleibt, das niemand gesehen hat, und will sich einer Nothwehr gebrauchen, die ihm die Kläger nicht gestehen, in solchen Fällen ist anzusehen der gute und böse Stand jeder Person, die Stadt, da der Todtschlag geschehen ist, was auch jeder für Wunden und Wehr gehabt, und wie sich jeder Theil, in dergleichen Fällen, vor und nach der That gehalten habe &c. ex qua & *art. 25. ibi:* ob der Verdacht eine solche verwegene oder leichtfertige Person, von bösem Leumuth und Gerücht sey, daß man sich der Missethat zu ihr versehen möge, nec non *art. 26. ejusd. Constit. Crim. ibi:* Der wird für ein Mißgönner und grössern Feind seines Widertheils geacht. & paulo post: Und wo sonst die Person ihres Wesens verdächtig wäre, videre est, conjecturas esse sumendas à persona, loco, tempore, genere armorum & præcedentibus inimicitiis. Quæ omnia Judex qualitate facti & circumstantiis accurate inquisitis, deliberare, & statera æqui & boni examinare potest & debet.

§. XLII.

Si vero sufficientes pro reo conjecturæ & fortiores præsumtiones extent, æquum est, inultus ut dimittatur. *P. H. O. art. 143. ibi:*

Und wo die Vermuthung der Nothwehr, wider die bekäntliche That, statt haben soll, so muß dieselbe Vermuthung gar gute, starcke, beständige Ursachen haben; Aber der Thäter möchte wider den Entleibten, so viel böser, und sein selb halb, so viel guter, starcker Vermuthung darbringen, ihm wäre der Nothwehr zu glauben; vel ratione circumstantiarum mitius puniatur: quia talibus conjecturis præsumtio adversus reum concepta si non plane eliditur, adeo tamen dubia redditur, ut reus tanquam homicida condemnari non debeat. Obr. *de necess. Defens. cap.* 14. *n.* 40. Kornmann. *p. m. in Disput. de priv. vind.* Et sic etiam, si quædam indicia sunt pro reo, quædam contra reum, in leviorem absolutionis partem declinandum est. Wesenb. *in Parat. ff. ad L. Cornel. de sic. n.* 21. Quia in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius; *l.* 192. §. 1. *π. de R. J.* cum promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum; *c. ex literis.* 3. *vers. quod si. X. de probat.* cum & satius sit impunitum relinqui facinus, quam innocentem condemnare. *l.* 5. *in pr. ff. de pœn.* Melius enim est Deo misericordiæ rationem reddere, quam crudelitatis & inclementiæ.

§. XLIII.

Sin autem paucissimæ simulque nimis ambiguæ pro reo conjecturæ, vel omnino nullæ inveniantur; & ipse tutelam probare nequit, non inique torturæ subjicitur. Nam nequi absolvi potest, quia constat, quod cædem patraverit, neque capitaliter damnari, cum ignoretur, quomodo cædes sit facta. Wesenb. *in π. ff. ad L. Cornel. de sic. n.* 22. Capitalis enim sententia in neminem nisi plene convictum & confessum promatur. *l.* 16. *C. de pœn.* Interim valde adhuc suspectus manet; at verisimili & firma suspicione perstrictus recte quæstioni datur. *l.* 1. §. 1. *q.* 1. *l. fin. π. de qu.* & tum si negationi inhæret, & dicit, se homicidium sui defendendi causa fecisse, eo ipso præsumtionem contra se ortam tollit, proinde est absolvendus. Obr. *d. tract. c.* 14. *n.* 42. *de necess. Defens.* Add. & vid. latius de probatione necessariæ Defensionis Farinac. *pract. crim. p.* 4. *tit.* 14. *q.* 125. *part.* 7. §. 1. Damhud. *prax. crim. c.* 76. *n.* 4. *& seqq.* Mascard. *de probat. conclus.* 490. Menoch. *lib.* 2. *de arb. jud. quæst. cent.* 3. *cas.* 279. Jul. Clar. §. *homicidium. n.* 33. *&* 35. Gail. *lib.* 1. *de pac. publ. cap.* 16. *n.* 1. 10. 22. *&* 23.

Gilhau-

Gilhausen *de arb. jud. crim. c. 6. part.* 1. §. 24. & 25. Joh. Gräk. *tr. de aut. priv. cap.* 6. Molin. *Tom.* 4. *de J. & J. tr. disput.* 31.

Et hæc sunt, quæ inpræsentiarum pro instituti mei ratione, ex ubertima illa materia, de Necessaria Defensione Extrajudiciali, seligere animus fuit, plura additurus, ni tractatu potius scribendo, quam Disputatione conficienda molestus esse viderer, igitur veniam ab æquo Lectore summopere peto.

Dissertatio inauguralis de Abolitionibus & jure tertii circa eas, Præside CHRISTIANO WILDVOGELIO, JCto, Ducis Saxo-Isenacensis Consiliario Status intimo, Curiæ provincialis Assessore, & Scabinatus nec non Facultatis Juridicæ Seniore & Antecessore, Jenæ die 21. Junii M DCC XXVII. POLYCARPUS CHRISTIANUS MECKBACH, Langensalzensis.

SUMMARIA.

1. *Introitus.*
2. *Abolitionis etymologia & synonimia.*
3. *Per vocabulum Juris, quid hic intelligatur?*
4. *Quinam tertius dicatur?*
5. *Abolitio quotuplex sit?*
6. *Abolitionis civilis origo.*
7. *Abolitionis civilis definitio.*
8. *Ejus divisio in generalem, specialem & legalem.*
9. *Quid sit Abolitio generalis?*
10. *Subjectum Abolitionis generalis.*
11. *Ejus effectus.*
12. *Quid sit Abolitio specialis? A quo nam petenda venidt?*
13. *An omnes accusatores indistincte eam accipiant? Quonam tempore peti debeat? Quando invito reo concedatur? Quando consensus rei adesse debeat?*

14. *Effectus Abolitionis specialis.*
15. *Abolitio legalis quænam dicatur?*
16. *Abolitio civilis an adhuc hodie sit in usu?*
17. *Abolitionis Rom. Affinia.*
18. *Transitus ad Abolitionem hodiernam.*
19. *Quomodo Abolitio hodierna à Romana differat?*
20. *Abolitionis hodiernæ affinia.*
21. *Divisio Abolitionis hodiernæ in generalem & specialem. Generalis varie distinguitur.*
22. *Quid sit Abolitio specialis?*
23. *Alia distinctio Abolitionis.*
24. *Adhuc aliæ distinctiones.*
25. *Cuinam Jus abolendi competat?*
26. *Magistratus, an possit abolere crimina?*
27. *Princeps, an circa omnia delicta Abolitionem concedere possit?*
28. *Quæstio est juridica non theologica.*
29. *Jus abolendi Juri Naturæ non contrariatur.*
30. *Reipublicæ an Jus abolendi noceat?*
31. *Principi an Abolitionem datam revocare liceat? Negatur.*
32. *Successori an Abolitionem antecessoris revocare sit permissum? Resp. disting.*
33. *Abolitionis hodiernæ effectus.*
34. *Interesse tertii an per Abolitionem Principis possit lædere? Negatur. Si Abolitio à Principe est impetrata, antequam commodum circa delictum tertio competens est præstitum.*
35. *Inquisitioni novæ ratione commodi privati adhuc est locus. Hæc inquisitio propter interesse tertii instituenda, an ad pœnam extendi possit? Negatur.*
36. *Res ratione interesse privati enumerandis quibusdam casibus clarius reddatur.*
37. *Alius adhuc casus.*
38. *Civibus an contra Senatorem Abolitionem ratione delicti denunciati impetrantem se movere & eum rejicere sit permissum?*
39. *Civibus contra Senatorem ob delictum denunciatum Abolitionem impetrantem, ratione sui officii, se movere non est permissum.*

40. *Respon-*

40. *Respondetur ad objectiones quorundam Doctorum contra hanc thesin excogitatas.*
41. *Adducuntur DD. eorumque rationes cum nostra sententia facientes.*
42. *Respons. ad quæst. An Magistratus Senatorem vel Officialem Abolitionem habentem rejicere sit permissum. Negatur.*
43. *Qui factum abolitum audet resuscitare, injuriarum reus habetur, & desuper propter despectum erga Principem ejusque Jura, pœna afficitur.*

§. I.

COmmunis est Disputantium methodus, ut; antequam ad pleniorem susceptæ materiæ explicationem accedant, prius vocum origines ac diversas earum significationes paucis delibent atque attingant; Nos etiam eandem viam (cum verba materiæ juxta §. 3. J. *de donat.* inservire debeant, ut illud, de quo disputatur, explanetur, & ita omnis verborum error & dissensus evitetur, Tullius *lib. 1. de Orat. p. m.* 88. eligentes, sequentia, antequam rem ipsam aggrediamur, præmittere, haud abs re esse ducimus.

§. II.

Verbum abolere (unde nomen abolitio descendit) compositum est ex vocabulis ab & olere; de ratione hujus derivationis jam non erimus soliciti; missa igitur etymologia & homonymia progredimur ad synonyma; significat autem abolere idem ac delere, tollere, abrogare, per fictionem juris pro nihilo reputare, vertilgen, aufheben, abthun, abschaffen; sic abolitio sententiæ, legis, Processus accusatorii & inquisitorii, notat abrogationem; quo sensu Ulpianus ad *SCt. Turpill. L. 12. interveniente publica abolitione ex Senatus Consulto*, accipit vocabulum abolitionis. Ita in communi loquendi usu per rem abolitam, eine abolirte Sache, intelligimus eine cassirte, abgethane, aufgehobene Sache.

§. III.

Vocabulum Juris hic non sumitur pro norma sive regula à superio-

maneant occulta & impunita; aſt ad ſalutem Reipublicæ æque ſpectat, ne membra ipſius lædantur; ea vero graviſſima læſio foret, immerentis & innoxii nomen ad Judicium deferre, eumque improbo prorſus conatu ſuſpectum reddere; quare Legislatores iniquo huic conatui obviam ivere, & multis ſanctionibus pœnalibus contra impietatem hujusmodi hominum juſta ex cauſa innocentes armarunt. Si igitur Accuſatores non recte ſe gerebant Romæ 1.) calumniando ſcil. alios, dum dolo malo falſa crimina imputabant, *l. 1. §. 1. ad SC. Turpill.* per Legem Remniam (alii malunt legere Memmiam, vid. Maurit. *d. l. §. 7.*) inurebatur illorum frontibus lit. K. (veteres enim vocem calumniator aliquando per literam K. ſcribebant) *l. 17. C de pœn.* Lauterb. *in Comp. lib. 48. tit. 16.* Jure Codicis pœna erat talio *l. ult. C. de accuſat.* 2.) Prævaricando, h. e. doloſe colludendo in Judicio cum reo, ut ipſe abſolvatur, dum proprias probationes veras diſſimulat, falſas vero Rei admittit *l. 1. §. 6. ad SCt. Turpill.* Hi publico Judicio accuſabantur *l. 3. pr.* ad eam pœnam perferendam, qua liberarant reum; & fiebant infames. *l. 4. de prævaric. l. 4. §. 4. de his qui notantur infam.* 3.) Tergiverſando ſive intermittendo publicam accuſationem, abolitione non interveniente. Hi incidebant in SCt. Turpillianum & puniebantur infamia & quinque libr. auri, & ab accuſatione repellebantur. *l. 3. §. f. de prævaric. l. 2. ff. ad SCt. Turpill.*

§. VII.

Cum tamen ſæpe accideret, ut accuſatores ira, errore, vel alia cauſa ducti, accuſationem arriperent, durum videbatur, pœnam hanc in iſtos alias ſtatutam cæteris paribus exequi, utpote qui nunquam animum alterum lædendi habuiſſent, ſed potius eam, quam ſibi putabant illatam, vindicandi injuriam, præſertim cum Leges nulla eſſe præciperent, quæ per errorem facta ſunt, nec ratum vellent, quod in calore iracundiæ eſt actum; Mauritius *dict. diſſert. th. 4.* hinc inventa & excogitata etiam eſt abolitio, quæ ita definiri poteſt, quod ſcil. neceſſitatis accuſationem peragendi, nondum lata ſententia definitiva, facta remiſſio, quæ accuſatio hoc loco non civilem actionem notat, ſed criminalem. Mauritius, *cit. diſſ. th. 1.*

§. VIII.

Abolitio hæc civilis dividitur iterum in abolitionem generalem, specialem & legalem sive legitimam; Abolitio generalis interdum publica, quod ad omnes accusationes pertineat, & specialis interdum privata, quod ad singulas spectet, appellatur. *l.* 8. *&* 10. *ad SC. Turpill.*

§. IX.

Abolitio generalis conceditur, ab accusatore non petita, sed spontaneo superiorum motu decernitur, e. g. ne tempore publicæ lætitiæ in sordibus, metu & luctu quis hæreat, propter diem insignem, publicam gratulationem. *l.* 8. *ff. ad SCt. Turpill.* res prospere gestas, honorem Domus divinæ vel aliam aliquam causam. *l.* 12. *ff. eod.* Festa proinde sæpius abolitionis hujus causæ erant, non tamen omnia, hinc SCto opus erat, & cum Senatus autoritas successu temporis imminueretur, Principis Decreto, vid. Mauritius *cit. diss. th.* 9.

§. X.

Et sicuti alias abolitio hæcce civilis solummodo de accusatoribus est intelligenda, (hi enim per abolitionem à necessitate accusationem peragendi liberabantur) ita & in præsenti subjectum hujus abolitionis generalis sunt accusatores criminum; eo ipso enim, dum rei quidem principaliter eximuntur, accusatores quoque ab accusandi necessitate liberantur, respectu vero accusatorum magis dicitur exemtio, liberativa. *l.* 12. *ff. ad SCt. Turpill.*

§. XI.

Per abolitionem generalem reus, si liber sit, (servis enim nihil hic indulgent Leges. *l.* 16. *ff. h. t.*) liberationem nanciscitur, sed plane temporariam, scil. durantibus feriis accusatio suspenditur, utpote quæ nihil illi, si 30. utiles deinceps dies non negligat accusator, prosit, *l.* 10. §. 2. *ff. h. t.* nisi quod eo tempore liber sit à vinculis. Nam generalis abolitio non tollit crimen, sed judicium & accusatiotionem suspendit, si delicta sint privata & leviora, *l.* 3. *C. de Episcop. aud.*

§. XII.

§. XII.

Abolitio specialis, quæ etiam privata dicitur, est; quæ privatim fit, accusatore postulante ex eo, quod per errorem, calorem vel facilitatem ætatis ad accusationem prosiluerit; hinc non nisi causa cognita datur, & hanc privatim à Præsidibus postulari & impetrari ait *l.* 1. §. *abolitio ff. ad SCt. Turpill.* postulanda autem erat ab ipsismet Præsidibus, tanquam Judicibus competentibus; non autem à Principe; *l.* 2. *C. de abolit.* cum enim accusationis remissio est abolitio, facile patet, eam impetrari ab alio non posse, quam cui cognoscendi & decernendi, ac quidem circa criminalia jus sit; ii autem sunt, qui merum imperium sive in facinorosos animadvertendi potestatem lege concessam habent; hi cum condemnare possint, absolvere etiam, si legitima adsit causa, poterunt.

§. XIII.

Ostendimus, per abolitionem specialem accusatorem accipere libertatem, accusationem impune derelinquendi; hinc quæritur, an semper & quovis tempore petitioni abolitionis sit locus? Resp. non semper hoc procedit, sed hoc intelligendum est de eo casu, ubi scil. per errorem, calorem, aut aliam justam excusationis causam ad accusationem prosiluerit; hoc enim accusator explanans, abolitioni locum faciet, sin autem per deceptionem, vel pecuniis a reo corruptus ad postulandam abolitionem venit, redemtæ miserationis vox minime admittatur. *l.* 2. *C. de abol.* Præterea etiam requiritur, ut sincera mente justaque ex causa accusationem instituens abolitionem intra 30. dies petat, & res adhuc sit integra, tunc etiam invito reo conceditur abolitio; si vero res non amplius sit integra, id est, si carceres sustinuerit vel tormenta, vel verbera, vel catenas, abolitio non petetur, nisi forte ille, qui hæc passus est, suum consensum ad petendam abolitionem accommodaverit, *l.* 3. *C. eod.* si triginta dierum intervallum à delata accusatione præterfluere passus sit, res integra sit sive non, frustra petitur abolitio, nisi reus consentiat *dict. L.* 3. Lauterbach. *in Coll. pr. lib.* 48. *tit.* 16. §. 8.

§. XIV.

Abolitione speciali impetrata, accusator impune desistere potest

 ab

ab accusatione, & post abolitionem impetratam accusator nec ex *L. Jul. talionis*, nec ex *SCto Turpill.* tenetur, semel autem speciali abolitione impetrata idem crimen ab eodem in eundem instaurari non potest, nisi in casibus exceptis; vid. Lauterb. *in Colleg. Theor. Pract. lib.* 48. *tit.* 16. §. 9. non obstante vero abolitione speciali reus nihilominus ab alio vel ex officio per viam inquisitionis accusari potest. *l.* 11. § *f. de accus. & inscript.*

§. XV.

Abolitio legalis dicitur, quæ à Lege conceditur, sine petitione vel decreto, accusatore scil. mortuo vel ex justa causa impedito, quo minus accusare posset per *L.* 10. *pr. ff. ad SCt. Turpill.* Nam per mortem Reus regulariter eximitur foro Judicis, & efficitur de foro DEI, Lauterb. *in Coll. Pract. dict. libr.* §. 13. Excipiuntur tamen crimina, quorum accusatio etiam post mortem Rei contra heredes admittitur, utpote ob atrocitatem in crimine manifesto læsæ Majestatis, perduellionis, repetundarum, &c. vid. *L.* 15. §. 3. *ff. ad SCt. Turp.* Accusatore vero mortuo Reus ab alio intra 30. dies accusari potest. *L.* 3. §. *f. de Accusat.*

§. XVI.

His peractis quæritur: An doctrina de abolitione civili adhuc usum aliquem præstare possit? quod negatur; Cum enim hodie inscriptio & omnes pœnæ in temerarios accusatores alias statutæ sint sublatæ, sequitur, etiam abolitionem hanc ob causam introductam exolevisse; Cessante enim rigore pœnæ cessant etiam remedia circa rigorem ejus excogitata. Sunt, qui putant, inscriptionem quidem, non vero talionis pœnam exolevisse; ast his non obstantibus nihilominus negativam arripimus sententiam, existimantes utrumque hodie in desuetudinem abiisse, ne scil. metu propriæ salutis quis ab accusatione delictorum desistat, & deinde delicta maneant impunita; hinc loco inscriptionis hodie est introducta accusatoris sadisdatio vel cautio fidejussoria, tam Judicio, quam reo ab initio præstanda, &, si apparet temeraria accusatio, non condemnatur accusator secundum Leges civiles, sed tunc ex cautione præstita de Restitutione expensarum & injuria tenetur; vid. Lauterb. *in Coll. Pr. lib.* 48. *tit.* 11. §. 17.

aliquam-

aliquando enim accusator, si satisdare non potest, custodia à Judice traditur, donec cautionem præstet; *Constit. Crim. Car. V. art.* 12. interdum etiam admittitur ad juratam cautionem, si sit vir integræ famæ. vid. Carpz. *in proc. crim. qu.* 105, *n.* 6. *qu.* 106. *n.* 40. & 41.

§. XVII.

Affinia abolitionis civilis sunt lapsus temporis de Jure civili judicio cœpto & finiendo destinati. *l. f. C. ut intra cert. temp. crim. quæst. termin. l.* 18. *ff. de accus.* sed differt in eo, quod hæc facultatem accusationem continuandi tollat; Abolitio vero accusandi necessitatem remittat, sic quoque differt ab amnestia: **die Vergessung des vorigen Unrechts**, *ex* ἀμνηστίας vocabulo græco, ubi præterea & hoc accedit, quod per amnestiam ob fugiendum majus malum obligatio ex delicto & inde consequentes accusationes tollantur. Lauterb. *in Coll. Theor. Pr. lib.* 48. *tit.* 16. §. 16.

§. XVIII.

Ad abolitionem hodiernam, quam scil. Imperantes, penes quos nimirum est Jus Superioritatis territorialis, concedere solent, nunc transitum facimus, & hanc ita describimus, quod sit sublatio seu cassatio Processus criminalis (accusatorii, inquisitorii) Actorumque ob illum conceptorum, ut suspectus de crimine ab omni molestiarum vexa alioquin metuenda tutus & de plenaria gratia certus reddatur, simulque universæ inculpationis memoria tollatur, vid. Dn. Brunnquell. *in Differt. de Abolitione Crim.* quam sub Præsidio B. Eph. Gerhardi Jenæ anno 1714. habuit, §. 6. *cap.* 1.

§. XIX.

Differt autem abolitio hodierna à Romana quam maxime: illa enim nonnisi à Principe vel Imperantibus, penes quos est Jus Superioritatis territorialis, impetrari potest; Civilis autem tantum à Judice competente, uti supra ostendimus: porro differt in eo, quod abolitio Romana proprie ad accusatores spectet; hodierna autem

ſolummodo reis concedatur: deinde, quod per abolitionem Romanam non crimen, ſed tantum neceſſitas accuſationem peragendi, tollatur, ita ut non obſtante abolitione, crimen hocce ab alio accuſare adhuc ſit permiſſum, per hodiernam autem certo reſpectu etiam crimen deleatur; dum enim reus ratione delicti denunciati maxime gravatus abolitionem Proceſſus criminalis impetrat, eo ipſo etiam crimen caſſatur & pro non-facto, quoad effectum juris, reputatur, ita ut facta abolitione crimen abolitum nullo modo, nec per viam accuſationis, nec per modum inquiſitionis, reſuſcitari poſſit.

§. XX.

Abolitionis hodiernæ autem cum multa affinia ſint, neceſſe erit, antequam ulterius progrediamur, ut de his affinibus ne in ſequentibus confuſio quædam oriatur, pauca præmittamus. Cum abolitione hodierna autem affinitatem habet 1.) aggratiatio proprie ſic dicta, quæ vero ab abolitione in eo differt, quod per hanc reis convictis & confeſſis deſuper etiam condemnatis pœna criminalis promerita ex gratia remittatur, quod non dici poteſt de abolitione, uti ex deſcriptione patet. 2.) Reſtitutio ſive indulgentia Principis, quæ cum aggratiatione fere convenit, niſi quod per aggratiationem pœna tantum dictata, non autem uti in reſtitutione, jam executioni data remittatur. 3.) Mitigatio ſeu mutatio pœnæ, quæ ab utraque in eo differt, quod per eam non tota pœna, ſed dictata ex parte tantum remittatur, ſicque temperetur. vid. Lauterbach. *in Coll. theor. pr. lib. 48. tit.* 19. §. 32. 4.) Præſcriptio, **die Verjährung**, quando præterlapſo certo tempore delinquens ratione commiſſi delicti ſecurus eſt, & illud ad Judicium deferri non poteſt, uti hoc Juris eſt, e. g. in adulterio præterlapſo quinque annorum ſpatio. *l.* 5. *C. ad L. Jul. de adult.* Præterea etiam ad affinia abolitionis aliqua ratione referri poteſt diſpenſatio in ſpecie ſic dicta, ſcil. graduum Jure humano prohibitorum, quæ vero in eo differt ab abolitione quod in hac Lex relaxetur ratione præteriti, i.e. ratione delicti jam commiſſi, in hac autem ratione futuri, i. e. conceditur hæc antequam Lex ratione prohibiti matrimonii ab impetrante eſt transgreſſa, facta autem relatione & petitione tunc Princeps, reſpectu harum perſonarum, Legem datam

abolet

abolet & relaxat. Formulam testimonii dispensationis à Principe Isenacensi, Domino nostro clementissimo, datam & nobis communicatam, huc apponere non piget: PP. Würdige, Hochgelahrte Räthe, liebe Getreue! Aus Eurem unterm 13ten hujus eingesendeten Bericht, ist mit mehrern zu ersehen gewesen, welcher Gestalt N. N. zu N. des N. N. Tochter, N. N. zu heyrathen verlange, und wie selbiger, weilen er mit dieser Person in secundo gradu consanguinitatis lineæ æqualis collateralis verwandt, um Dispensation, Ihr aber um Verordnung, nachgesuchet. Wañ dañ diese Heyrath gegen Erlegung = = Rthlr. verstattet worden; Als begehren Wir hiermit gnädigst, Ihr wollet, wenn diese Gelder baar erleget werden, welche Ihr mit zur Rechnung zu bringen habet, verfügen, damit beyde Verlobte, Christlicher Ordnung gemäß, copuliret werden mögen. An dem ꝛc. ꝛc. Datum Eisenach den 24ten Dec. 1726.

§. XXI.

Abolitio vero hodierna, ut nunc ad rem ipsam nos convertamus, etiam distingui solet in generalem & specialem: Generalis dicitur talis vel ratione (1.) personarum, quando pluribus delinquentibus conceditur gratia, ut non debeant accusari vel contra illos inquiri; sic Papæ noviter electi solent jubere præfectos justitiæ, ut dimittant è carceribus omnes delictorum reos; (2.) delictorum, si quis plura commisit facinora, & ratione omnium summus Imperans decernit abolitionem; (3.) effectuum, dum ille Imperans abolitionem non restringit ad certum effectum, sed generaliter eam sic vult intelligi, ut per fictionem juris reputari debeat, quasi delictum non fuisset perpetratum. Concessa abolitio generalis in verbis: Wenn Wir denn die Sache krafft dieses, daß wider ihn weiter nichts vorgenommen werden soll, aboliret haben; Als ꝛc. ꝛc. in dubio sic explicari debet, ut ad omnes effectus extendatur; quando autem abolitionem Imperans restrinxit ad hunc vel illum effectum, ad alios non debet applicari.

§. XXII.

Specialis è contra dici potest, vel ratione (1.) personæ, quando non

non pluribus delinquentibus, sed uni tantum ratione delicti commissi à summo Imperante, vel eo penes quem est jus abolendi, gratia conceditur, ut nimirum contra hunc tantum non debeat inquiri, ita ut ad alios delinquentes hæc abolitio non possit extendi; (2.) ratione delicti, quando non ratione omnium delictorum, sed ratione unius tantum abolitio decernitur, ita ut non obstante abolitione in alia facinora inquirere adhuc liceat; (3.) ratione effectus, dum Imperans, penes quem Jus abolendi residet, abolitionem restringit ad certos effectus; talis enim abolitio tantum quoad effectus expressos, & non ulterius est accipienda, e. g. quando dicit: Wenn wir denn die Sache dergestalt aboliret haben, daß es ihme ratione confiscationis bonorum (si forsitan est delictum, quod inter alias pœnas etiam pœna confiscationis bonorum punitur) nicht præjudicirlich und nachtheilig seyn soll. Tunc hæc abolitio ad alios effectus & officium ejus extendi non potest, nisi Princeps hoc etiam suppleat, & effectum huncce ratione officii per speciale Rescriptum exprimat, quod factum meminimus à Duce W. in causa N. N. ad Senatum L. Mense Aug. 1714. Allermassen Wir nun sothane ihme ertheilete Abolition dahin gnädigst declariret haben wollen, daß demselben das von N. unterm ⸗ ⸗ denunciirte und am ⸗ ⸗ ⸗ abolirte Factum auch an seinem ⸗ ⸗ Amte unschädlich seyn solle; Als haben Wir Euch solches hierdurch nicht verhalten wollen, mit dem gnädigsten Begehren, Ihr wollet Euch darnach gehorsamst achten.

§. XXIII.

Abolitio est vel meri facti, vel juris; illa est, quando summus Imperans, plenam majestatem habens, (qualis est e. g. Rex Galliæ) in præjudicium & contra Jus quæsitum subditorum suorum largitur delinquendi abolitionem; hæc est, quæ salva justitia conceditur; contra illam nihil movere potest subditus; cui obsequii gloria est relicta; si enim supremo Imperanti repræsentat Jus suum, & Imperans non vult id attendere, acquiescere tenetur subditus, nec opponere se potest per vim aut artes varias.

§. XXIV.

Porro abolitio moderna 1.) est vel hominis, quando Imperans eam

eam concedit, vel Legis, quam Lex introduxit, e.g. in præscriptione criminum; nisi velis hanc referre ad affinia abolitionis, ut supra vidimus; esset autem abolitio Legis, si Lex ob egregium factum abolet delictum, dum e.g. promittit impunitatem ei, qui manifestat conspirationem, contra vitam Principis vel salutem Reip. ab hoste externo, vel rebellibus subditis initam. 2.) Alia statim ante institutam inquisitionem vel accusationem; alia post eam conceditur, sed ante sententiam condemnatoriam. 3.) Alia proprio motu ab Imperante datur, alia ad petitionem delinquentis. 4.) Alia impertitur gratis, alia interveniente certæ pecuniæ solutione.

§. XXV.

His præmissis quæritur: Cuinam Jus abolendi competat? Abolitionem hodiernam concedit ille in Germania nostra penes quem est Jus Superioritatis territorialis; de hac enim Superioritate dependent omnia Regalia, inter quæ etiam referendum est Jus abolendi, tanquam Regale majus; vid. Hertius *in Dissert. de Superiorit. Territor.* §. 44.

§. XXVI.

Atque hinc facile apparet responsio ad quæstionem; An Magistratus inferior, merum Imperium habens, abolitionem concedere possit? Cum enim Jus abolendi ad Superioritatem territorialem & Regalia pertineat, sequitur, Magistratum talem potestatem sibi arrogare non valere, ille enim caret Jure Superioritatis territorialis. Hinc in nostra Germania solummodo Imperator & Status Imperii in suis terris aggratiare & abolere possunt; in quem sententiam etiam iverunt JCti Witenbergenses apud Dn. Wernherum *in Enunc. p. m. 636. in verbis:* Daß die gesuchte Abolition, in Ansehung, daß selbige zur Landes-Hoheit, also ad Regalia gehörig, und von der Unter-Obrigkeit, wenn sie gleich merum Imperium hat, keinesweges verstattet werden mag, nicht statt hat; Es bleibet aber Hansen Georgen Semmlern und Consorten solche gehörigen Orts zu suchen unbenommen. V. R. W.

§. XXVII.

Si vero solus Princeps, vel is, qui Superioritate gaudet terri-

toriali, ſit adeundus, quæritur: An etiam circa omnia delicta abolitionem concedere poſſit? quod affirmatur; Nam in præſenti ſermo non eſt de aggratiatione, quando Princeps delictum confeſſo & convicto, deſuper etiam condemnato pœnam dictatam remittit, de hacce enim, an circa omnia fieri poſſit delicta, & quatenus DD. de hac inter ſe controvertunt, videri poteſt Thom. *Diſſert. de Jure aggratiandi Principis Evangelici in cauſ. homicidii*, ſed hic unice loquimur de abolitione, quando Princeps concurrentibus certis circumſtantiis Proceſſum inquiſitorium facta abolitione per Reſcriptum ſpeciale tollit, quod ei indiſtinctè licet, Princeps enim omnia efficit, quæ Legibus non ſunt aliter præcepta vel prohibita, ſi ergo omnia efficit, & abolitionem concedere valebit, tamdiu donec quis probet contrarium, quod tamen adhuc non eſt probatum: & hoc fluit ex licentia generali, quæ omnibus hominibus eſt attribuenda. Ad licentiam ſpecialem quod ſpectat, probatum eſt à nobis in §. XXV. Principibus ſeu illis omnibus, penes quos eſt Jus Superioritatis territorialis, competere in genere Jus abolendi, & quamvis circa hancce facultatem quædam à quibusdam excipiuntur delicta, ſufficit tamen nobis, quod Lex hæc non excipiat, Lege autem non excipiente ſive diſtinguente nec noſtrum eſt excipere ſive diſtinguere. *l. 8. ff. de publ. in rem. act.* Hinc DD. exiſtimant, manus Principis in exercitio hujus Juris haud eſſe ligatas, ſed quaslibet res ejus arbitrio, conſcientiæ & prudentiæ plane eſſe relinquendas. Stryk. *Diſſert. de Abolit. Princ. cap. 9. per totum.* Barboſ. *Theſ. Pr. Loc. Comm. lib. 1. cap. 83. axiom. 3.*

§. XXVIII.

Scilicet tota hæc quæſtio Politica ſeu Juridica non Theologica eſt. Non enim agitur hic de eo quid juſtum ſit & injuſtum intuitu ſalutis æternæ, ſed de facultate abolendi in hac vita, at de Juſtitia hujus facultatis ſeu deletionis proceſſum inquiſitorium jamjam inſtitutum agere, primario ad JCtos pertinet. vid. Thomaſ. *in Diſſert. de Jur. aggrat. Princ. Evang. in cauſ. homicid. c. 1. §. 14.*

§. XXIX.

Hinc ſufficit, Jus abolendi Juri Naturæ non contrariari. Etſi enim

enim Jus Naturæ, puniendos esse delinquentes, præcipiat, tamen hoc præceptum ita explicandum venit, ut non tollat Jus abolendi Processum inquisitorium concurrentibus certis circumstantiis, tolleret vero, si nunquam liceret Processum inquisitorium abolere, & quamvis Reipublicæ intersit ne delicta maneant occulta & impunita, eidem tamen e contra totidem & adhuc magis interest ne membra ipsius lædantur, Mauritius *in dict. Dissertat. de Abolit. th.* 3. Læduntur autem per inquisitionem minime fundatam, sæpe enim accidit, ut quis potius denunciet ad privatam vindictam, quam zelo Justitiæ; hinc Princeps optime faciet, si ad preces supplices denunciati falsam denunciationem concedit, & Processum inquisitorium tollit, ne reus per ejusmodi gravem & fere immortalem inquisitionem falsa denunciatione nitentem ad ruinam perducatur; denunciare enim nunquam sufficit, & si hoc sufficeret, quis innocens foret? dicit Schacher. *in Dissert. de Jud. delict. denunc. & quidem in Proœm.*

§. XXX.

De Moralitate abolitionis, ut nunc in specie hic agamus, necesse non est; ex antecedentibus enim satis patet, abolitionem hancce Reipublicæ minime nocere, ejusmodi tractatio etiam magis ad aggratiationem spectat; per hancce enim pœna per sententiam jamjam dictata remittitur, per illam autem non pœna sed processus contra reum institutus tollitur, reus namque haud confitetur delictum, sed allegando innocentiam suam, Principi pro redimenda, uti dicunt, vexa, offert certam pecuniæ summam, qui tunc per decretum totam causam delet, & inculpatum absolvit; Farinac. *Oper. Crim. qu.* 9. *n.* 1. hinc Reipublicæ neque per executionem pœnæ dictatæ incrementum, neque per remisshonem illius damnum accrescere potest; nam ubi nullum delictum, ibi etiam nulla esse potest pœna, cessante autem pœna cessat etiam ejus executio vel remissio: & posito, Denunciatum, ratione delicti denunciati maxime esse gravatum, nihilominus tamen Princeps, in cujus voluntatem consensus omnium fuit collatus, de hoc unice judicabit; illi enim concessum est Jus Leges pœnali territione sanciendi, pœnasque in casu neglectæ Legis immorigeris & refractariis convenienti ratione infligendi; quænam vero

 sit

ſit conveniens & apta ratio, non plebs ſed Princeps judicat; hinc cum non eadem ſemper urgeat pœnarum neceſſitas, ſed è contra maxime Principi curæ eſſe debet quemadmodum ſubditis famam, bona & ipſam vitam ſervare poſſit; Mauritius *in cit. Diſſert. th.* 51. hinc Principis erit Jure ſibi conceſſo uti, vel non uti, vel intereſſe publicum ſive ſuum remittere, vel pœnam dictitare. Vid. Brunquell *in cit. Diſſ. cap.* 2. §. 3. 4. *&* 6. *J. de J. N. G. & C. l.* 1. *ff. in f. de Conſt. Princ. l.* 4 *l.* 9. §. 2. *l.* 27. *l.* 37. *ff. de pœn.* Quid autem hocce in caſu, ſi ſcil. intereſſe tertii privatum circa delictum denunciatum concurrat, Juris ſit, & qua ratione quis illud adhuc conſequi poſſit, ſi abolitio Principis jamjam ſit ſecuta, hoc infra videbimus.

§. XXXI.

Hoc ſuppoſito, quæritur: An Princeps abolitiones datas pro lubitu valeat revocare? quod negamus; Nam quamvis ab initio voluntatis fuerit Proceſſum inquiſitorium abolere, attamen cum ſemel abolitio fuerit conceſſa, illam revocare non licet, talis enim abolitio uti ſententiâ judicis in rem judicatam tranſit. Stryk. *Diſſert. de Abol. Princ. cap.* 5. *n.* 82. Brunquell *cit. Diſſert. cap.* 3. §. 10. Rei judicatæ autem tanta vis eſt, ut omnino ei ſtandum, *l.* 1. *C. de Re Jud.* in tantum, ut eandem nec Princeps, imo nequidem Imperator abſoluta ſua Poteſtate reſcindere poſſit. *l.* 16. *C. de Transact.* vid. Barth. *in Hodeg. for. Civ. & Crim. p. m.* 912. Si vero rem judicatam Princeps haud immutare poteſt, ſequitur, nec abolitionem, quæ habeat vim rei judicatæ, illum revocare valere, & quemadmodum ad renunciata alias non datur regreſſus, & pœnitentia, ubi quis ſuum remiſit, locum non habet, ita & Principis pactum, mediante quo inculpatus jus quæſitum accepit, omnem fidem poſtulabit; vid. *laudat. Diſſert.* Dn. Brunquell. *p. m.* 28. § 8. hinc Doctores ajunt: Principem oportere eſſe immobilem ſicut lapis angularis. Myler ab Ehrenbach *Nomolog. ord. Im. cap.* 1. §. 5. uti etiam JCtis Jenenſ. placuit *ad interrog. P. C. E. M. Mart.* 1726.

§. XXXII.

Nunc de ſucceſſore quæritur: An ille anteceſſoris abolitionem caſſare atque revocare valeat? hic diſtinguendum eſſe putamus, an Prin-

Princeps Jure electitio, an vero Jure hereditario ad successionem perveniat, ita ut illo casu cum Princeps nihil commodi ab antecessore habeat, etiam ejus onus ferre non teneatur; contra si Jure hereditario succedat, successor melioris conditionis esse non debet, quam ipsius autor: Nam sicuti antecessor abolitioni stare tenebatur, ita etiam successor ejus hereditarius illam observet æquum est, cum ab eo tanquam herede facta defuncti præstari Jura doceant, quod eo magis dicendum venit, si abolitionem quis titulo oneroso & pro certa pecuniæ summa quasi fuerit consecutus, tunc enim Restitutus Jus quæsitum mediante hoc contractu acquisitum accepit, quod nequidem Imperiali Rescripto ei auferri potest; vid. Barth. *Hodeg. for. cap. 6. p. 910. ibique Respons.*

§. XXXIII.

Abolitione itaque Principis secuta, cessat condemnatio seu sententia condemnatoria, tolluntur indicia & omnia pœnæ viam parantia vel eidem adfinia. Processus enim contra Reum institutus illico cassandus, Guaz. *de defens. Reor. def. 30. c. 6. n. 6.* hinc ad commissarios, quibus Inquisitio delicti Inculpati forsitan à Principe fuerit demandata, aut ad Judicium, quod Inquisitio ex officio formaverat, post abolitionis concessionem statim solet rescribi, uti factum esse à Duce W. meminimus, in causa N. N. Mense Julii 1724. verb. Veste, Hochgelahrte Räthe, liebe Getreue! Ihr seyd annoch zurück erinnert, was Wir an Euch auf N. N. Suchen unterm : : : gnädigst rescribiret; Nachdem aber bey Uns N. wegen Abolition und Beylegung solcher Sache angesuchet; Als haben Wir dessen unterm : : : beschehenen Suchen in Gnaden statt gethan, und dasjenige, was wider denselben N. zu N. unterm : : : denunciiret, dergestalt aboliret: Daß ꝛc. ꝛc. Begehren daher hiermit gnädigst, Ihr wollet Euch darnach achten, und die wider mehr-angeregten N. dißfalls angestellte Untersuchung hinwiederum cassiren und aufheben, auch solcher Gestalt hierinnen weiter nicht verfahren. An dem &c. uno verbo dici potest, aboleri omnis criminis inculpati memoriam & inquisitionem, in tantum ut factum infectum quoad effectum Juris fiat, & nemo sinistrum Judicium de hoc vel illo actu ferre debeat, perinde ac si nunquam gestus fuisset. Stryk. *cit. Dissert. c. 9. vers. communiter.*

§. XXXIV.

His ita se habentibus, attingimus nunc quæstiones, in quarum gratiam ingressi sumus disputationem, ubi scil. quæritur: An per abolitionem Principis, interesse tertii possit lædi? & resp. Interesse tertii, si quoddam apparet, & indicatur per abolitionem ademisse Princeps non censetur; Abolitio enim est strictissimæ interpretationis, & semper fit salvo Jure tertii; Thesaur. *Dec.* 21. nec Princeps hoc alius ademisse censetur, Gail. *lib.* 2. *obs.* 56. sed unicuique jus suum salvum tectumque manere debet; renunciare enim potest Princeps interesse suo & favori commodisque sperandis, non vero Juri quæsito singulorum. D. Brunquell. in *citat. Diss p.*16. atque Rescripta gratiæ aliter non procedunt, quam si Juri aliorum non præjudicent. Moller. *lib.*3. *semest. cap.*31.*n.* 1. Hinc si abolitio à Principe fuerit impetrata, antequam tertio ratione interesse sui privati denunciatus satisfecerit, nihilominus ad consequendum id quod interest nova instituenda erit inquisitio; si itaque abolitio Principis denunciatum ab omni ulteriore vexa securum præstare debet, requiritur etiam, ut quis cum tertio ratione sui interesse privati transigat & ei satisfaciat, alias enim semper nova propter hocce interesse privatum instituenda erit Inquisitio.

§. XXXV.

Sed quæritur: An hæc Inquisitio propter interesse tertii contra denunciatum denuo instituenda, etiam ad hanc vel illam pœnam in delictum alias statutam extendi possit? quod negatur. Interesse enim tertii, uti audivimus, nihil aliud in se comprehendit, quam commodum privatum seu satisfactionem privatam, hinc cum nulla pœna ad interesse privatum referri possit, sed hæcce plane sub interesse publico comprehendatur, huic autem interesse à Principe per abolitionem fuerit renunciatum, sequitur hancce inquisitionem ad pœnam nullo modo extendi posse, quod etiam ex eo apparet, quod scil. inquisitioni sive institutæ sive instituendæ locus tunc amplius non detur, si Denunciatus tertio ratione sui interesse per transactionem satisfecerit, accedit quod omnis pœna per abolitionem sit abolita, quod autem semel abolitum nunquam reviviscere potest, postquam enim

enim Princeps delictum abolevit, habetur, ac si per sententiam reus esset absolutus, & nullo modo de novo puniendum, adeo ut reus nequidem incarcerari aut molestari amplius possit. Guaz. *def.* 35. *c.* 5. *qu.* 6. *n.* 27. Barth. *in Hodeg. for. p.* 910. *ibique Resp.* Hinc cum N. N. persona in officio publico constituta propter delictum quoddam denunciatum à Principe W. abolitionem generalem & specialem impetrasset, contra hancce vero abolitionem cives quidam non solum interesse privatum, sed etiam remotionem ab officio tanquam pœnam petentes, se moverent, prævia quæstione, an scil. petito horum civium non solum ratione interesse privati, sed etiam ratione remotionis ab officio tanquam pœnæ sit deferendum. F. J. L. Mens. Feb. 1715. cives quidem ratione interesse privati esse audiendos, novamque hac de causa instituendam esse inquisitionem, ast hoc interesse privatum ad remotionem tanquam pœnam non esse extendendum, sed illum, vi abolitionis impetratæ potius in officio suo esse tuendum, respondebat, quod videre licet ex sequentibus: Hat er wegen einiger beschuldeten Verbrechen bey Sr. Hoch-Fürstl. Durchl. &c. Abolition gesuchet, auch solche, nach denen Beylagen fol. - - - erhalten, und ist insonderheit darinnen, daß ihme das abolirte Factum an seinem - - Amte unschädlich seyn soll, ausdrücklich gesetzet; Es haben aber N. N. dawider, und daß er das Amt nicht verwalten mögte, protestiret, und Er verlanget zu wissen: Ob Se. Hoch-Fürstl. Durchl. zu - - - die cassirte Lucianische Beschuldigung mit solchem Effect und dergestalt aboliren können, daß Sie N. N. und Conf. ratione Interesse, beschehenen Einwendens ungeachtet, ihn bey seinem Amte, aus Landes-Fürstl. Macht und Hoheit, ferner zu schützen vermöchten, oder, der beschehenen Abolition ungeachtet, eine neue Untersuchung wider ihn zu verstatten sey? Ob nun wohl in denen ertheilten Abolitions-Rescripten Sr. Hochfürstl. Durchl. die ihm beygemessene Beschuldigung dergestalt, &c. aboliret &c. demnach daß Sr. Hoch-Fürstl. Durchl. &c. krafft der ertheilten Abolition keine weitere Untersuchung, in Ansehung des von N. N. angeführten Interesse, wider ihn verstatten möchte, es sich ansehen lässet; D. a. u. d. durch die ertheilte Abolition der Landes-Herr nur seinen dabey versirenden Interesse remittiret, und ihm die sonst auf das Verbrechen gesetzte Straffe erlassen, hierdurch aber dem Interesse einiger Privatorum so schlechterdings nicht præjudiciret werden mögen, immaß-

immassen sie dabey zu hören, und Se. Hoch-Fürstl. Durchl. rc. der ehemahls ertheilten Abolition ungeachtet eine anderweitige Untersuchung wider ihn wohl verstatten können rc. in Betrachtung rc. die Abolition weiter nicht, als um deswillen er solche ehemahls ausgebracht, zu erstrecken; So kan, so gestalten Sachen nach, Se. Hoch-Fürstl. Durchl. rc. krafft ertheilter Abolition, auch aus Landes-Fürstlicher Macht und Hoheit, ihn zwar bey seinem Amte fernerweit schützen, jedoch ist auch die von N. N. und Consorten gebetene Untersuchung ihres anbey versirenden Interesse halber, annoch wohl zu verstatten. V. R. W.

§. XXXVI.

Sic igitur qui petit interesse privatum, ut appareat, an ejus petito sit deferendum, hoc indicare & ostendere debet. Procedit autem hoc in omnibus delictis, sub quibuscunque versatur interesse privatum. Lubet hic delicta quædam, circa quæ non obstante abolitione interesse privatum datur, apponere, ut res eo clarior reddatur: sic in Electoratu Saxonico extat Rescriptum Regium contra Banccoruptores, wider die Banqueroutiers, de dato Dreßden d. 7. Jan. 1724. mediante quo & quidem vi §. 2. quilibet & ipse debitor usurariam pravitatem sibi notam Judici denunciare atque denunciationem suam concurrentibus aliis circumstantiis Jurejurando confirmare potest, ad hunc scil. effectum, ut confirmata per Juramentum denunciatione, denunciatus ad purgatorium usque sit gravatus, & ut eo magis à subditis usuraria prviatas tanquam delictum gravissimum & damnatione dignissimum denunciaretur, pro præmio quarta pars summæ denunciatæ a Legislatore est assignata, juxta quam legem etiam quotidie pronunciari, videre licet ex Resp. JCtorum Lipsiensium ad interrogat. N. N. Mens. nov. 1725. datum, in verbis: So ist er den auf solche Masse getriebenen Wucher wider die M. zu denunciiren wohl befugt, und möchte, wenn sonst andere Umstände nicht im Wege stehen, den in dem allergnädigsten Mandat wider die Banqueroutirer dem Schuldner zugesprochenen vierdten Theil der Schuld wohl erhalten. V. R. W. Si igitur post delictum hocce denunciatam usurarius Abolitionem Principis impetrare intenderet tunc quidem Princeps pro certa pecuniæ summa omnem ulteriorem inquisitionem tollere potest, ast

aſt per hanc abolitionem denuncianti jus ſuum quæſitum ex Mandato Regio acquiſitum auferre non valet; ſed, ſi abolitio reſtitutum ab omni ulteriori inquiſitione ſecurum præſtare debet, requiritur, ut etiam denuncianti ratione quartæ partis in Mandato Regio ei aſſignatæ ſatisfaciat, alias ſola hac de cauſa nova inquiſitio, eine Unterſuchung, denuo erit inſtituenda, quæ tamen ad pœnas per abolitionem jamjam abolitas non eſt extendenda, ſed concernit tantum quartam partem, ad quam, & non ulterius, denunciatus condemnatur. vid. *Reſponſ. in §. præced. allegatum.*

§. XXXVII.

Alius caſus eſſe poteſt: Pamphilus de fuga ſuſpectus ob injurias atroces Mitio illatas prævia cauſæ cognitione & præcedente JCtorum ſententia, ne Judicium per fugam denunciati reddatur eluſorium, in carcerem dejicitur, donec injuriato ſatisfaciat; antequam autem Proceſſus ad finem eſt perductus, per ſpeciale Principis Reſcriptum ex carcere liberatur: Mitio nihilominus & hoc non obſtante ſatisfactionem privatam, i. e. deprecationem & reſtitutionem expenſarum petente, quæritur: Quid Juris? Reſp. Reſcriptum Principis, cum ſalvo Jure tertii ſit accipiendum, ratione ſatisfactionis privatæ Mitio non præjudicat, ſed hæc nihilominus manet ſalva, hinc ſi abolitio Pamphilum ſecurum præſtare debet, requiritur, ut per transactionem Mitio ratione deprecationis & reſtitutionis expenſarum ſatisfaciat, alias adhuc nova propter hocce intereſſe privatum erit inſtituenda inquiſitio, uti in terminis ad requiſitionem Mitii reſponderunt JCti Lipſienſes Menſ. Jul. 1725. Will derſelbe wiſſen, ob er von Pamphilo, da dieſer wider ihn fälſchlich, als ob er in Inquiſition ſey, denunciiret, und ihn dadurch öffentlich injuriret, annoch Satisfaction prætendiren könne? Ob nun wohl angeführet werden möchte, als ob er durch das letztere allergnädigſte Reſcript, vermöge deſſen wider Pamphilum mit fernern Verfahren in Ruhe zu ſtehen, anbefohlen worden, die gantze Sache aboliret, dergeſtalt von ſelbigem weiter nichts geſuchet werden könnte; Dieweil aber dennoch Pamphilus über die wider ihn angebrachte Beſchwerung noch nicht einmahl ſummariſch vernommen, und in der Sache weiter nichts, als daß er zum Arreſt gebracht, gethan worden, bey welcher Bewandnüß obangezogenes

Digitized by Google

Rescript, auch nur was die Captivirung anbelanget, daß mit selbiger in Ruhe zu stehen, zu interpretiren, und also solches salvo Jure tertii, anzunehmen, nach mehrern Inhalt desselben Frage; So ist derselbe von Pamphilo der angethanen Injurien halber annoch Satisfaction zu suchen berechtiget, V. R. W. Alia adhuc adducere possemus delicta circa quæ interesse tertii datur & indicari potest, sed merito brevitatis causa, cui maxime studemus, in præsenti omittimus; sufficit enim nobis, quod in omnibus delictis denunciatis, sub quibuscunque versatur interesse tertii, petitioni ejus, quod interest, sit locus, sive delictum sit abolitum sive non.

§. XXXVIII.

Hoc peracto alia ventilanda venit quæstio: An non civibus vel Magistratui contra Senatorem vel alium, officio senatorio simul fungentem, propter delictum in officio commissum denunciatum abolitionem à Principe impetratum, ratione sui officii insurgere, atque hac de causa, non obstante abolitione, eum rejicere sit permissum? Antequam ad hanc quæstionem responderi potest, prius quærendum venit, quænam abolitio ad conservationem officii requiratur, num generalis an specialis? & respond. generalis, *in verbis*: Wenn Wir denn die Sache Krafft dieses, daß wider ihn weiter nichts vorgenommen werden soll, cum ad omnes effectus sit extendenda, ad conservationem officii etiam sufficit, uti supra §. XXI. à nobis est ostensum; specialis autem in qua scil. effectus quidam sunt expressi, cum ad alios effectus non expressos non veniat applicanda, ad conservationem officii sufficere non potest, nisi Princeps per speciale Rescriptum effectum, ratione officii suppleat & hinc omne dubium removeat, cujus formulam declarandi in §. XXII. adduximus; abolitio enim Principis specialis est strictissimæ interpretationis, & id tantum expressis verbis in ipso abolitionis testimonio, quod est declaratum, restituit.

§. XXXIX.

Hoc facto respondemus ad quæstionem in §. antecedenti ventilatam, & quidem ad primum membrum, an scil. civibus contra denunciatum, tanquam personam in officio publico constitutam & aboli-

abolitionem habentem, ratione officii sui quæstionem movere, & eum rejicere, sit permissum? distinguendo: aut enim abolitio specialis ei est concessa, in qua effectus quosdam Princeps expressit, omissa conservatione officii, aut generalis; si specialis absque extensione ad conservationem officii ei fuerit concessa, tunc secundum deducta tamdiu est rejiciendus, donec afferat specialem declarationem ad effectum officii; quod si vero generalem aut specialem cum hac tamen expressa declaratione, ut in officio manere debeat, Senator à Principe impetraverit, tunc cessat hæc facultas & civibus non est permissum contra Senatorem ejusque officium insurgere, interesse quidem privatum, si forsitan quoddam ex hocce delicto denunciato consequi possit, manere debet salvum; attamen hocce interesse privatum cum remotione ab officio tanquam pœna nullam habet connexionem.

§. XL.

Sunt quidem, qui putant, nihilominus circa abolitionem specialem scandalum quoddam oriri, & ejusmodi personarum contemptum in animis hominum residere, qui nec à Principe tolli possit, & propter quod Senator restitutus non facile ad officium senatorium sit promovendus; ast hoc inventum cerebrinum est plane contra veram abolitionis specialis naturam, hinc profertur absque ullo sufficienti fundamento excogitatum nulla dignum judicamus responsione; Equidem negare non possumus, de restitutione generali hoc aliquali ratione statui posse, juxta *L. 7. C. de sentent. pass. & restitut.* Verum, cum inter restitutionem generalem & abolitionem specialem ad omnes effectus extensam magna sit differentia, sequitur, objectionem quorundam ab initio adductam nullius esse momenti, hinc cum horum opinio Juris principiis non nitatur, sequitur, thesin nostram tamdiu manere veram, donec probetur contrarium; imo plane non videmus, cur hoc de abolitione speciali non sit statuendum, cum tamen de restitutione speciali expressis verbis in Jure idem inveniatur dispositum; vid. *l. 1. & l. 2. §. 4. C. de sent. pass. & rest.* Si vero restitutio sive aggratiatio specialis ejusmodi habet effectus, multo magis abolitio illum habebit, cum major Principis sit potestas in concedenda abolitione quam in aggratiatione; adeoque nobis dicendum

 venit,

venit, non quod vulgus stolidum, rude atque indoctum garrit, sed quod Juris est, & Leges dijudicant, & quod Jura non dicunt, nec JCtorum est dicere. *l. 5. C. de repud.* & erubescendum est JCto sine Legibus loqui. *Nov. 18. c. 5. pr. l. 64. §. 9. ff. de solut. matr.*

§. XLI.

Cum hac nostra sententia in jure fundata faciunt quoque JCti celeberrimi statuentes, abolitionem Principis specialem & cum extensione ad honores judiciales impetratam omnis criminis inculpati memoriam abolere, ita ut in tantum factum infectum quoad effectum Juris fieri, neminemque sinistrum Judicium de hoc actu ferre debere. Stryk. *de Abol. Princ. cap. 5. vers. communiter.* Ubi vero non adest delictum, nec delicti memoria, ibi etiam non adesse potest scandalum, nec opprobrium metui, propter quod Senator ad officium non sit admittendus, & hoc quam maxime procedit in restitutione speciali, uti hac videre licet ex verbis restitutionis Imperatoris Antonini A. in *L. I. C. de Sent. pass. & restit.* quæ ita se habet: Restituo te integrum provinciæ tuæ, (& adjicit) ut autem scias quid sit in integrum restituere; honoribus & ordini tuo & omnibus cæteris te restituo. Item in *L. 13. §. 4. eod.* dicitur, uti deportationis nomen rerum omnium est spoliatio; ita indulgentiæ restitutio, bonorum ac dignitatis, uno nomine amissorum omnium fit recuperatio: Jam si per restitutionem specialem Princeps hoc efficere valet, certe per abolitionem specialem eo magis id efficiet, cum per hanc uti jam dictum, non pœna, sed totus processus inquisitorius tolletur; & si ante sententiam & responsionem denunciati constare non potest, an ille, contra quem processus inquisitorius est formatus, nocens vel innocens sit, sequitur nullo modo dici posse, quod scandalum oriatur, aut memoria delicti; cessante enim delicto cessat etiam memoria ejus & non entis nulla sunt prædicata; nec obstat, quod communiter ex falso præsupposito objiciunt, abolitionem semper ex diffidentia causæ quæri: Nam hoc est, & æque quod negatur, aliæ namque rationes adhuc esse possunt, ob quas denunciatus Principem adit, quod etiam supra à nobis satis abundeque est ostensum. Hinc cum N.N. abolitione propter delictum denunciatum impetrata, etiam omnis dubii

dubii removendi causa postea specialem hac concludendi formula: Allermassen Wir nun sothane ihme ertheilte Abolition dahin gnädigst declariret haben wollen, daß demselben das von N. unterm ⸗ ⸗ ⸗ denunciirte und am ⸗ ⸗ ⸗ abolirte Factum auch an seinem ⸗ ⸗ ⸗ Amte unschädlich seyn soll; Als haben Wir Euch solches hierdurch nicht verhalten wollen, mit dem gnädigsten Begehren, Ihr wollet Euch darnach gehorsamst achten, ꝛc. à Serenissimo Duce W. esset consecutus & contra ejusmodi abolitionem cives quidam remotionem ab officio postularent, respondebant JCti Hallenses nostram sententiam arripientes ad interrogationem N. N. Mens. Nov. 1724. sequentem in modum: Hat D. Terentius &c. Daher auch das von Uns eingeholte Responsum auf eine verkehrt falsche Relation &c. sich gründet, gleichwohl D. Terentius nebst N. N. N. davor halten, sie hätten wider die Abolition ein Jus quæsitum erlanget, welches Serenissimus ihnen nicht nehmen, und diesem zuwider die Abolition auch auf die Conservation seines Amtes extendiren können; Als verlanget derselbe über nachstehende Frage: Ob bey so gestalten Sachen derselbe des Widerspruchs derer N. N. ohnerachtet nicht ferner bey seinem Amte ohne einige Bekränckung zu schützen ꝛc. sey? von Uns des Rechten belehret zu seyn. Ob nun wohl per Abolitionem Principis niemanden an seinem Jure quæsito præjudiciret werden kan; Stryk *in Dissert. de Abol. Princ. cap. 5. n. 38.* Brunneman. *ad L. ult. C. de Sent. pass. & rest. n. 7. 8. & L. 2. ff. d. t. n. 2.* die denunciirten Verbrechen auch dergestalt beschaffen, daß sie mit dem ⸗ ⸗ Amte nicht compatible, wenigstens N. und N. N. unbenommen zu seyn scheinet, der Lucianischen Denunciation halber neue Indicia anzuführen, da bekandt, daß propter nova indicia supervenientia non obstante absolutione, die Inquisition statt zu haben pfleget, und dem gemeinen Wesen dran gelegen, ne delicta maneant impunita &c. Daher es das Ansehen hat, daß diese vorgelegte Frage negative zu beantworten gewesen; Nachdem aber N. so wenig als N. N. dabey etwas zu sagen Macht haben, dahero ihnen auch durch die gnädigste Abolition an ihrem Jure quæsito nicht præjudiciret worden ꝛc. Uberdem die gnädigste Abolition ausdrücklich dahin gehet, daß dasjenige, was Lucianus denunciiret, Ihme weiter nicht aufgerücket, noch an seinen Ehren verletzen, weniger an dem ⸗ ⸗ Amte schädlich seyn solle; Solchemnach N. und N. N. N. diese Sache von neuem zu negiren nicht befugt gewesen, vielmehr sotha-

ne Beschuldigung vor eine straffbahre Injurie zu halten, da in denen Rechten ausgemachet, quod Abolitio Principis habeat vim Rei judicatæ. Stryk. *alleg. Diss. cap.* 5. *n* 82. Adeo ut, licet nova supervenerint indicia, post abolitionem tamen semel impetratam aggratiatus nullo modo nec per viam denunciationis sive accusationis, nec per Inquisitionem ulterius molestari possit. Guaz *def.* 15. *c.* 5. *qu* 6. *n.* 27. zugeschweigen daß in præsenti nicht einmahl neue Indicia beygebracht worden; So sind Wir der rechtlichen Meynung, daß nach denen in dem Frage-Schreiben angeführten Umständen derselbe des Widerspruchs der N. und N. N. N. ohngeachtet bey seinem * * Amte, ohne einige Beträncfung, zu schützen sey. V. R. W. Et in eundem modum etiam pronunciarunt JCti Erfordenses ad ejusd. Requisit. Mens. Dec. 1724.

§. XLII.

Ad secundum membrum Quæstionis in §. XXVIII. ventilatæ, an scil. Magistratui contra senatorem vel ejus officialem officio senatorio simul fungentem, propter delictum denunciatum abolitionem à Principe impetrantem, non obstante abolitione, ratione officii semovere hacque de causa eum rejicere sit permissum? quod nunc spectat, plane non subest causa, quare ad hoc membrum in specie adhuc respondeamus, quoniam in antecedentibus satis abundeque hoc factum est. Petitioni ratione interesse Magistratus privati, si forsitan sub delicto abolito quoddam versatur, adhuc quidem est locus; ast hoc interesse privatum, uti jam supra probavimus, ad remotionem ab officio nunquam extendi potest, & sufficit nobis, contrariam opinionem, quod scil. Magistratus non obstante abolitione speciali, Senatorem ab officio removere possit, nullibi & nulla in Lege esse fundatam, hinc quod jura non dicunt, nec nostrum est dicere; Lex enim quod non dicit, id dicendum non est, & sine Lege aliquid asserere temere non licet. *l.* 5. *C. de repud.* Et quamvis Magistratus ratione juramenti & scandali, quod per delictum in officio commissum, Senator violasset, & civibus, juxta eorum sententiam erroneam, dedisset, causam afferre vellet, tamen nullius hæc objectio erit momenti; Nam hoc recte à nobis negatur, juramentum enim violatum ideo dici non potest, quia Restitutus delictum non est confessus, convi-

ctus

Digitized by

ctus autem nunquam fieri potest; Princeps enim, uti supra audivimus, post abolitionis concessionem statim per speciale Rescriptum omnem prohibet ulteriorem inquisitionem susceptamque tollit, hac concludendi Formula: Begehren daher hiermit gnädigst, ihr wollet euch darnach achten, und die wider mehr-angeregten N. dißfalls angestellte Untersuchung hinwiederum cassiren und aufheben, auch solcher Gestalt hierinnen weiter nicht verfahren, &c. Hinc cum in delictum inculpatum ulterius inquirere & veritatem delicti inculpati expiscari impune non licet, nullo etiam modo, juramentum Senatoris per delictum denunciatum in officio commissum, violatum, aut scandalum esse datum dici potest, nam ubi nullum delictum in officio commissum, ibi etiam nulla juramenti præstiti violatio, cessante autem juramenti præstiti violatione, cessat etiam omne scandalum: & posito, hoc dici posse, nihilominus tamen Magistratus, potestate remotionem ab officio contra specialem Principis abolitionem petendi, est destitutus. Nam omnis pœna & sic etiam pœna perjurii non à Magistratus sed à Principis pendet voluntate, uti autem Principi hanc statuere antea licuerit, ita etiam eam quoad certam personam iterum abrogare poterit, Jus aggratiandi delinquentes per sententiam jam condemnatos atque honoribus & ordini dignitatique & omnibus cæteris restituendi de Jure Principi competit. *l. 1. & l. 2. §. 4. C. de Sent. pass. & restit.* Si vero Princeps delicta confessa cum ejusmodi aggratiari potest effectu, multo magis poterit delicta cum tali effectu abolere, quia hocce in casu, etiamsi reus maxime sit gravatus, nullo modo tamen dici potest denunciatum esse confessum sive convictum, quia tunc temporis super denunciatione ne quidem summarie respondit, hinc per abolitionem non pœna, sed modo Processus inquisitorius aboletur & per hanc reus quasi ab actione absolvitur; Farinac. *Oper. crim. qu. 4. n. 1.* sicuti etiam tale Jus abolendi & Senatores in pristinum statum officiumque restituendi omnes, penes quos est Jus superioritatis territorialis, & hodie exercere valent, ita ut extincta per abolitionem inquisitione deletisque indiciis non possit remanere pœna, quam Lex alioquin minabatur, Brunquell. *cit. Diss. §. 7. p. 27.* & nullum superesse potest scandalum, cum per abolitionem Principis specialem omnis criminis inculpati memoria aboleatur, ita ut factum infectum quoad effectum Juris fiat nemoque sinistrum judicium de hoc vel illo actu ferre debeat.

Stryk.

Digitized by Google

Stryk. *de Abolit. Princ. c. 5. verſ. communiter.* Accedit quod remotio ab officio ſenatorio nequidem ob delictum confeſſum à Magiſtratu fieri poſſit, ſed illa ſolummodo à Principe decernenda, penes quem ſcil. eſt Jus confirmandi; vid. Berger in *Oec. Jur. p.* 204. ſi itaque ob delictum etiam confeſſum Magiſtratus Senatorem removere non poteſt, ſed hoc ſolummodo à Principe dependet, penes quem eſt Jus confirmandi, ſequitur Magiſtratum Senatorem ob delictum, ſed inſecuta inſuper abolitione Principis ſpeciali, iterum ſublatum, mediante qua Princeps Senatorem in officium reſtitui, expreſſe mandavit, removere nullo modo poſſe. Et ſufficit, quod hæcce theſis in Jure ſatis ſit firmata, & nullum in contrarium adduci poſſit argumentum Legibus fundatum, hinc non curamus ſiniſtrum de ſpeciali Principis abolitione, garrulæ linguæ aut hominis indocti, rudis atque ſtolidi Judicium; Imo, noſtram ſententiam etiam deſcendit F. J. V. Menſ. M. 1727. Nam cum Magiſtratus in oppido N. contra N. non obſtante abolitione ſpeciali, quam ob delictum in officio commiſſum, uti denunciatum erat, à Principe impetraverat, ſe moveret, eumque ad officium, ex rationibus modo allegatis admittere recuſaret, Princeps W. per nova reſcripta & decreta decidebat quidem totam rem, ſed cum dictus Magiſtratus, non obſtante abolitione, remotionem ab officio propter delictum denunciatum, quod negare, uti Magiſtratus dicebat, non poſſet, poſtulans, in hiſce decretis & reſcriptis acquieſcere nollet, ſed ſententiam JCtorum ſuper hac re deſiderarent, reſpondebat dicta Fac. J. V. ad Acta, in quibus partes Jus ſuum proſecuti erant, quod ad petitum Magiſtratus ratione abolitionis ſpectat, ſequentem in modum: daß es des Raths zu N. Einwendens ohngeachtet, bey denen Fürſtlichen Reſcriptis und Decretis, ſo unterm Dato ; ; ergangen, billig bleibet, ꝛc. annexa inter alias etiam hac ratione præcipua: auch daß die von dem N. wider ihn denunciirte Sache abgethan aus denen Acten offenbar erſcheinet ꝛc.

§. XLIII.

His itaque ſe habentibus, ultimo quærendum venit, annon ille qui factum inquiſitionis poſt abolitionem audet reſuſcitare, injuriarum reus haberi, & deſuper propter deſpectum erga Principem ejusque

que Jura, pœna affici possit? Quod affirmamus; uti enim ipso naturali jure Principem stringit abolitionis concessio, ita multo magis subditi ejusdem placito tenentur. D. Brunquell. *cit. Differt. cap.* 3. §. 11. Hinc facta abolitione omnibus silentium imponitur perpetuum, in verbis: Daß ihme solches weiter nicht solle aufgerücket, noch etwas weiter darinnen vorgenommen werden, sondern alles gäntzlich aufgehoben seyn, auch gedachtem Inculpato, gegen männiglichen schimpfflichen Vorrücken, Fürstlicher Schutz und Handhabung wiederfahren solle, quæ clausula contra cavillatores, etiam ubi non expressa legitur, pro tacite adjecta tamen semper est habenda. Hoc enim ipsa abolitionis natura, finis & forma requirunt, Dn. Brunquell *l. c.* omnisque aufertur infamia, adeo ut recte injuriarum reus habeatur, qui factum inquisitionis post abolitionem audet resuscitare *cit. differt. cap.* 3. §. 11. Præterea talis cavillator & quidem eo magis pœna afficiendus foret, cum tanquam subditus negligat autoritatem Principis, & hanc quasi flocci habeat, ac in ejus despectum regale hocce aggratiandi & abolendi in dubium vocet, quod tamen Privato & de Regalibus Principis ejusque Juribus disputare non est permissum, sed hoc secundum effatum Impp. Sacrilegii instar judicatur *in L. disputare C. de Crim. Sacril.* Hinc ejusmodi protervus & pertinax conatus ad alios compescendos pro delicti qualitate; hinc proportionaliter omnino erit puniendus, quoniam publice interest ne & privata crimina maneant impunita, nec minus ad publicam pertinet salutem, Principis summa Jura sarta tecta conservari, quo facit Responsum Scabinorum Lipsiensium ad Interrogat. N. N. Mens. April. 1721. datum, cujus verba hæc sunt: Und es haben nichts desto weniger sich N. N. N. &c. diese ihm verliehene Gnade in Zweiffel zu ziehen, und ihn dadurch an seinen Ehren zu kräncken, sich ferner unterstanden, und er verlanget zu wissen: Ob nicht N. N. N. um deswillen, weil sie ihrem Landes-Fürsten das Jus aggratiandi in Zweiffel ziehen, zu bestraffen? So wohl ob ihm nach erhaltener Aggratiation sein Verbrechen von neuem objiciret werden könne? Oder, ob solches nicht vielmehr als eine Injurie zu denunciiren sey? Ob nun wohl angeführet werden möchte, als ob nach dem §. 60. des Königlichen Pohlnischen und Chur-Fürstl. Sächsis. erneuerten und geschärfften Duell-Mandats das Jus aggratiandi nicht statt habe, dergestalt, da derselbe diesem zuwider ein gnädigstes Rescript sub- & obreptitie ausgewürcket, das wider ihn ge-

gerügte Verbrechen dadurch nicht aboliret, sondern solches von neuem wiederum urgiret werden könnte, mithin er dieserhalben von N. N. N. &c. keine Satisfaction fordern möchte; Dieweil aber dennoch dasjenige, so in obangezogenem allergnädigsten Duell-Mandat §. 60. enthalten, nur von denenjenigen Sachen, da ein würckliches Duell vorgegangen, handelt, dergestalt auf gegenwärtigen Casum nicht zu appliciren, und nachdem durch das gnädigste Rescript diese Sache einmahl abgethan, gleichwohl N. N. N. &c. ihme dieses Delictum wider objiciren, solches pro injuria um so vielmehr anzusehen, und im übrigen derjenige Unterthan, so seinem Fürsten und Herrn das Ihme zustehende Jus aggratiandi in Zweiffel ziehen will, wider Dessen hohes Regale handelt, nach mehrerm Inhalt derer Beylagen und seiner Fragen; So sind N. N. N. &c. das einmahl abgethane Delictum weiter zu urgiren nicht befugt, sondern er wider selbige solches zu denunciiren, und von ihnen Satisfaction zu fordern berechtiget, und möchten sie, daß sie ihrem Fürsten und Herrn das Jus aggratiandi in Zweiffel gezogen, nach Beschaffenheit der Umstände mit einer Straffe wohl beleget werden. V. R. W.

§. XLIV.

Et hæc sunt, quæ pro ingenii viribus de Abolitionibus & Jure tertii circa eas inauguralis loco Dissertationis scribere in animum induxi. Non dubito quidem, plura superesse, quæ ad hanc materiam adducere adhuc potuissent; ast brevitate temporis rationeque instituti hoc jam haud sinentibus, non immerito prætermitto, suppleat igitur B. L. si lubet quæ desunt ex aliis Autoribus de hac materia scribentibus & partim à me in præcedenti allegatis. Ego vero immortales Deo T. O. M. refero gratias, Cui scilicet ad hanc qualemcunque laborem vires cum sanitate mihi dare placuerit, cujusque sapientissimo Regimini omnes meas supplex commendo actiones, finio verbis *L. 3. §. 13. C. de Jur. vet. enucl.* in nullo aberrare divinæ utique solius, non autem mortalis est constantiæ, ita si qua in re erratum sit, B. L. illud mihi vitio non vertet, multo magis pro humanitate sua excusabit.

Post-

Postmissa Consultissimo atque doctissimo Doctorando

S. P. D.

Joh. Salomo Brunnquell, J. V. D. Curiæ Prov. Sax. Advoc. ordin.

QUanquam meo non indigere videaris testimonio de Tua eruditione, solidaque juris scientia, quippe de qua præsens hæc Dissertatio inauguralis abunde testari potest; tamen, meam quoque intermiscere aliorum votis atque acclamationibus gratulationem, mearum duxi esse partium, præsertim cum meo ductu non solum Jurisprudentiæ civilis partes feliciter absolveris, sed etiam, me Præside, vexatissima & maxime controversa Compendii Lauterbachiani loca una cum aliis commilitonibus publice & strenue ventilaveris. Quæ cum ita sint, gratulor consultissimo Tuo Parenti de filio, cujus ingenium & indefessus labor amplissimum gloriæ felicitatisque messem augurantur: Gratulor & Tibi, doctissime Doctorande, non solum de edito hocce doctrinæ ac diligentiæ Tuæ specimine, sed & de prensandis propediem summis in utroque jure honoribus. Velit summum, quod omnia moderatur, Numen Tuis favere conatibus, ut ex voto res Tuas agere, illasque capere possis fortunas, quas omnes boni ominantur, ego vero voveo atque animitus Tibi apprecor. Vale, & mei memor, felicissime perenna. Jenæ die 20. Junii, Anno 1727.

Joh. Christiani Schrœteri, Professoris publici, Curiæ provincialis, Scabinatus atque Facultatis Juridicæ Assessoris ordinarii, hoc tempore Decani, Programma inaugurali Dissertationi clarissimi Jurium Candidati Polycarpi Christiani Meckbachii præmissum.

VErba valent, sicut nummi: Hoc proverbium non solum jam antiquis sapientibus usitatum fuit, ut patet ex Plutarcho de *Pythiæ oracul.*

cum quo consentit Aristoteles de *nummor. variat. lib. 5. eth. cap. 5.* & *lib. 1. polit. cap. 2.* & Quintilianus *lib. 1. Instit. cap. 4.*; sed & illius veritas adhuc experientia & praxi comprobatur. Nam verba in se considerata nullam vim & significationem habent, quæ omnis dependet ab usu & autoritate hominum; Unde venit, quod vocabula sæpius pro arbitrio hominum varium & diversum significatum accipiant, & quod ob communem & vulgarem usum loquendi, sæpe à prima & propria significatione recedatur; quod etiam in jure nostro occurrit. Verbis enim quandoque abutimur *l. 41. π. de pecul.* De verbis autem nihil curatur, modo de voluntate constet, *l. 15. C. de testament.* Verba rebus, non res verbis deservire debent *c. 11. caus. 22. qu. 5.* Et sensum non vana nomina amplecti oportet *l. 2. §. 1. vers. ut subtilitate C. de constit. pecun.* Constat, quod propter non rectam intelligentiam Legum Romanarum doctores & interpretes juris, inprimis glossatores, nec non illi, qui in foro versantur, in interpretatione & applicatione earum sæpius valde hallucinati sint, quod multis exemplis ex jure petitis demonstravit Anton. Faber, JCtus Sabaudus, in eleganti opere *de Erroribus pragmaticorum & interpretum Juris.* Nobis hic sufficiat, alium errorem à Practicis commissum, & ab Anton. Fabro notando omissum, sub censuram vocare, & quidem in materia criminali de *abolitione*. Hoc vocabulum hodie apud Pragmaticos plane diversum significatum habet, quam olim Jure Romano habuit. Nam Jure Romano *abolitio* nihil aliud erat, quam absolutio accusatoris ab accusando, qua ab inscriptione absolvebatur, remissa necessitate accusandi. Ita & Paulus *sentent. recept. l. 5. tit. 17. n. 1.* ait: *Abolitio est deletio, oblivio vel extinctio accusationis:* Ibi Anton. Schulting. *not. p. 496.* subjicit: *Abolitio non tollit crimen, sed solum accusationem: ac per eam ab hac sola liberatur reus, & accusator onere accusationis suæ prosequendæ*; Vel, ut Ericus Mauritius *in Diss. de Abolitione §. 2.* eam definit, *quod sit necessitatis accusandi, nondum lata sententia, facta remissio.* Origo abolitionis petenda est ex SCto Turpilliano, quod verosimile est factum fuisse sub Nerone Imperatore, Cajo Silio & Marco Turpilliano Coss. anno DCCCIX. ut Hottomannus *in Lexico Juris* observat. Ante hoc tempus licuisse impune ab accusando desistere, variis exemplis ex historia Romana petitis demonstrat Petr. Ærodius *rer. judicat. lib. 9. tit. 8. cap. 17.* Hoc SCtum præprimis latum est in tergiver-

versatores, qui ab accusatione cœpta, non impetrata abolitione, desisterent. *l.* 1. §. 1. *l.* 13. π. ad *SCt. Turpill. l.* 1. *C. eod.* Pœna tergiversatorum erat quinque librarum auri. *l.* 3. *in fin. de pravaricat.* vel etiam extraordinaria *l.* 2. *C.* ad *SCt. Turpill.* & quod postea inhabiles essent ad accusandum *l.* 2. π. ad *SCt. Turpill. l.* 3. & 4. *C. eod.* Impune vero quis ab accusatione criminis instituta recedere poterat, si abolitionem peteret eamque impetraret. *l.* 1. §. 7. & 9. π. *eod. tit.* Quamvis sint, qui existiment, tergiversationem & abolitionem idem esse. Erat autem *abolitio* duplex, *publica & privata l.* 11. §. *ult.* π. *de accusat. l.* 8. π. ad *SCt. Turpill.* Paulus *lib.* 5. *sentent. tit.* 17. *n.* 2. Publica abolitio, quæ & *generalis* dicitur *tit. C. de gener. abolit.* ea erat, quæ publice fiebat. *l.* 14. §. 1. π. *de bonor. libert. l.* 10. §. 1. & *l.* 17. π. ad *SCt. Turpill.* ob publicam gratulationem, vel ob rem prospere gestam, vel ob lætitiam aliquam, vel ob honorem domus divinæ. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. & *l.* 12. π. *ad SCt. Turpillian.* Ea vel ex SCto fiebat, vel à Principe dabatur. *l.* 2. π. *de custod. reor. l.* 12. *ad SCt. Turpill. l.* 1. *C. de gener. abolit.* Et hoc casu durantibus feriis accusationes omnium criminum, paucis exceptis, de quibus *in L. antep. & pen.* π. *ad SCt. Turpill.* abolebantur; sed feriis finitis intra 30. dies utiles accusatio repeti poterat. *l.* 1. 10. 12. 15. §. *fin. eod.* Privata vero erat, quæ & *specialis* vocabatur & privatim fiebat, accusatore postulante, ex eo, quod per errorem, temeritatem, vel calorem, facilitatem ætatis ad accusationem prosilierit. *l.* 10. π. *ad SCt. Turpill. l.* 2. *C. de abolit.* Fiebat & alio genere ex *Lege* abolitio, accusatore mortuo, vel ex justa causa impedito, quo minus accusare posset. *l.* 10. π. *ad SCt. Turpill. l.* 3. *in fin.* π. *de accusat.* Hæc abolitio, quocunque genere fiebat, habebat saltem effectum tollendi *accusationem*, non vero *crimen*. Nonnulli quidem, ut Petr. Gregor. Tholosanus *Syntagm. lib.* 32. *cap.* 23. *n.* 3. Anton. Perez *ad tit. C. de abolit. n.* 2. & Joh. Calvinus *Lexico Juris voc. abolitio*, distinguunt inter abolitionem *criminis* & *accusationis*: in illa quid amplius esse, quam in hac, siquidem illam cum crimine accusationem tollere & pœnam, & hanc solum ab accusatione eximere, quæ post tempus aut ab alio repeti possit; Verum hæc distinctio fundamento destituitur, nam si per crimen intelligunt *accusationem*, ut ita eam accipit Ulpianus *l.* 7. π. *de accus.* & Justinianus *princ. I. de susp. tutor.* tunc nulla est differentia inter ea, quæ re conveniunt; Si vero existimant, idem esse, ac *pœnam*, tunc

tunc sciendum, de hac in *abolitione* non agi, sed in *liberatione*, & dicitur *indulgentia*, *aggratiatio* (quæ ab abolitione differt, ut in civilibus absolutio ab *actione*, & absolutio ab *instantia*;) Si autem crimen illis est, ac ipsum *delictum*, tunc nihilominus illud ab alio adhuc post abolitionem, uni accusatori datam, accusari potest. *l.* 11. *§ ult. π. de accusat.*; Unde merito hanc distinctionem explodunt Mauritius *cit. Diss.* §. 12. & L. B. de Lyncker *Anal. ad Struvii Synt. tit. ad SCt. Turpill. th.* 89. Videntur autem illi, qui hanc distinctionem defendunt, in errorem incidisse, quod ultima verba rubricæ *tit. π. ad SCt. Turpill. de abolitione criminum* inscripta sint; sed antea jam probatum est, *crimen* in Jure nostro sæpe idem significare ac *accusationem*. Unde provenit etiam error Petri Gregor. Tholosani, Calvini, Henr. Zœsii *tit. π. ad SCt. Turpill. n.* 19. & aliorum statuentium, Jus petendæ abolitionis non solum *accusatori*, sed & *reo* Jure Romano competiisse ad eum effectum, ut perpetuum silentium accusatori impositum fuerit, nec accusatio contra reum repeti potuerit. Verum hæc sententia nullo plane fundamento nititur: Nam *abolitio*, juxta supra allatam definitionem, est *absolutio* ab *accusatione*; hoc vero non potest dici de reo; siquidem abolitio respectu accusatoris ideo dicebatur, quod accusator in instituenda accusatione crimini, id est, libello accusatorio, cujus formula extat in *l.* 3. *princ. π. de accusat. & inscript.* & quarum alias exhibet Barnab. Brissonius *de formul. lib.* 5. *p.* 469. nomen suum subscribere debebat, quod postea, abolitione ex justa causa impetrata, iterum delebatur. Nec nullibi in Jure Romano abolitio denotat *liberationem rei à pœna*, sed hæc solet dici *criminis condonatio*, *gratia*, *restitutio* & *indulgentia Principis*, quæ multum differt ab *abolitione*, quod non fiat *ante sententiam* definitivam; nam quando Princeps pœnam remittit, tum jam adest sententia definitiva; quando vero accusator abolitionem impetrat, tum nondum adest sententia definitiva, sed saltem remissio accusationis. Et quanquam per abolitionem *reus* etiam *liberatur* ab *accusatione*, hoc tamen non fit *vi sententiæ*, sed *natura relatorum*; nam uno non existente relatorum, nec alterum existere potest. Quod vero hæc *abolitio accusationis* ab *indulgentia criminis* Jure Romano fuerit distincta, patet quoque ex *Cod. Theodosiano*, ubi distincti tituli sunt: nam *lib.* 9. *tit.* 37. agitur de *abolitionibus*, & *tit.* 38. *de indulgentiis criminum*; & quamvis sint,

sint, qui putant, quod *indulgentia criminum* etiam *publica abolitio* dicatur *l. 3. C. Theod. de abolit.* quæ est *l. 9. C. Just. de calumniat.*; attamen ex inspectione legis contrarium patet, quod scilicet *abolitio* & *indulgentia* à se distinguantur. Nec quicquam dissentientium opinionem juvat *l. 33. π. de pœnis.* Nam ibi vocabulum *abolitio* in sensu improprio & metonymico sumitur. Nec porro obstat *l. 3. §. 1. π. de accusat.* ubi dicitur, *quod si libelli inscriptionum legitime non ordinati fuerint, rei nomen aboletur & ex integro repetendi reum potestas fiet.* Sed hoc casu non tam aboletur, quam retro nulla declaratur accusatio. Sunt & aliæ Leges, ubi *abolitionis reorum* mentio fit; attamen hæ ita intelligendæ veniunt, ut scilicet abolitiones hunc effectum habeant, quo per eas rei liberentur ab *accusatione*, non vero quasi eo ipso liberentur à *crimine* vel ejus *pœna*. Hæc autem sententia, quam hic tuemur, non demum nova est, sed fuerunt jam olim JCti acutissimi, qui errorem illorum, qui putant, *Jus abolitionis petendæ* etiam *reis* competiisse, quoque tetegerunt, inter quos præcipui sunt Petr. Theodoricus *Colleg. criminal. disp.* 10. *th.* 7. *lit. C.* Mauritius *cit. Diss. n.* 18. *seqq.* Anton. Matthæi *de criminibus ad lib.* 48. *D. tit.* 19. *c.* 6. Quum ergo ex hactenus dictis planum fit, abolitionem Jure Romano saltem respectu *accusationis* locum habuisse; inde videtur colligi, hodie, cum processus accusatorius non frequentetur, eam rarius usu venire: in quam sententiam pronior sum, quam ut cum Wissenbachio *tit. π. ad SCt. Turpill. th.* 3. & Gilhausen *arbor. crim. part.* 2. *cap* 3. *n.* 20. statuam, hodie abolitionem plane usum non habere; cum experientia satis doceat, quod hodienum etiam Processus accusatorius soleat institui. Sicut & Jure Canonico abolitio non incognita est, ut patet ex *c.* 8. *caus.* 2. *qu.* 3. quod ex *libro Capitularium*, in quo multa ex Jure Romano petita continentur, desumtum est, licet in *decretalibus* de ea nulla mentio fiat. Et quamvis videri posset, *generalem* abolitionem, quæ & ipsa apud Romanos extraordinaria erat, in desuetudinem abiisse; Attamen hoc minime de *speciali* seu *privata* asseri potest: Cum & Jure Saxonico certa pœna statuta fit iis, qui sine abolitione ab accusatione destiterint. **Land-Recht** *lib.* 1. *art.* 62. **Schreyet er aber das Gerüfft um ungericht, das an ihn begunst ware, das muß er voll fordern mit rechter Klage.** Et *lib.* 2. *art.* 8. **der um ungericht klaget auf einen der nicht gegenwärtig ist,**

ist, komt jener vor / und klaget dieser denn nicht mehr auf in/ er muß dem Richter darum wetten, und jenem seine Busse geben: add. Zobel in *glossa nova ad h. a.* Quam ob rem alii, ut Wesenbecius *ad tit. de accus. & ad tit. SCt. Turpill.* Mauritius *cit. diss.* §. 47. & 51. L. B. de Lyncker *Anal. ad Struvium tit. ad SCt. Turpill. th. 90.* Brunnemann *ad l. 2. C. ad SCt. Turpill. & ad l. ult. C. de abolit. num. 2.* Schilter *Exercit. ad π. 49. th.* 153. defendunt, abolitionem accusationis adhuc hodie *usu* obtinere. Ab hac porro *abolitione* accusationis, bene distinguenda *est cassatio Processus criminalis*, sive accusatorii, sive inquisitorii, respectu rei, autoritate publica, seu à Principe facta, quando reus ex indulgentia Principis à Processu sive accusatorio sive inquisitorio contra eum instituto liberatur, quæ & ipsa tamen à Pragmaticis, alio utique sensu, quam Juris Romani, solet vocari *abolitio.* Hæc abolitio, respectu rei, juxta usum hodiernum, iterum distinguenda est inter abolitionem *Processus*, & abolitionem *pœnæ.* Illa est, quando Princeps prohibet Judici, ne contra aliquem Processum criminalem formet, vel si jam cœptus sit, jubet, ut annulletur, quæ proprie *abolitio* vocatur, de qua scripsit Sam. Stryk. *Diss. de abolitione Principis.* Hæc vero fit, quando quis per sententiam jam ad certam pœnam condemnatur, ab executione pœnæ liberatur, atque frequentius nomine *aggratiationis* venit, de qua Daniel Clasen *de Jure aggratiandi*: quod de priori non potest dici, quia ante sententiam nondum constat, an ille, contra quem Processus intentatus, nocens vel innocens sit. Hæc conceditur ex *mera gratia*, etiam sine justa causa, quæ scilicet ex doctrina interpretationis Legum & æstimationis delictorum descendit, licet concedatur non sine rationibus & causis prudentibus, Dn. Thomasius *diss. de Jur. aggratiandi Princip. evangel. in caus. homicid. c. 1. th. 7. & 9.* Ab *aggratiatione* iterum differt *mitigatio pœnæ*, quæ fit ex *justa causa* ex fontibus interpretandi Legum peritis, & quæ tanquam species interpretationis à *Judice* exerceri potest. Dn. Berger *Elect. Jurisprud. crim. obs. 8.*

Dis-

Dissertatio inauguralis de Rebus minimis, MAXIMILIANUS HALMANN, *Eslovio-Westphalus*, *Giessæ ad diem* 21. *Martii* M DCC XX.

Præfatio ad B. L.

NOlo tibi ſtudiorum meorum prolixe reddere rationes B. L. Paucis accipe. Erfordiæ primum ſtudiis Academicis animum applicui, mox Viennam Auſtriæ conceſſi, ubi in Academia Statuum Provinciæ Doctorem nactus ſum longe fideliſſimum, Virum Conſultiſſimum, Dn. Philippum Georgendielium J. U. D. in ſupremo Judicio Aulico Agentem celeberrimum, & Academiæ iſtius P. P. Ord. Is, pro ſumma, qua pollet, Juris doctrina, & pro eo, quo in me fuit, affectus animo, Romano-Germanicæ Jurisprudentiæ genuinis principiis & præceptis, adeo fideliter per triennium fere me inſtructum reddidit, ut, poſt abſolutas ejus Lectiones, cum fructu ad addiſcendam praxin Cameralem me conferre potuerim. Pro quo honeſtiſſimi Viri in me beneficio, quantum eidem me devinctum eſſe ſentiam, verbis ſatis à me dici exprimive nequit. In Camera autem Wetzlarienſi, poſtquam per annum unum & dimidiatum, practicis ſtudiis incubui, ſubit animum dulcis patria, in eaque demum ſtudiorum meorum & laborum metam quærendam eſſe. Huc igitur animum omnem & cogitationes converto; eumque prorſus in finem in celeberrimam Haſſorum Almam Ludovicianam, ambiendi honoris gratia, me confero: In qua, ubi poſt exacta conſueta examina, publicam Diſſertationem habere juſſus ſum, non diu de eligendo themate ſollicitus fui. Obtulit ſe mihi præſens tractatio de *Rebus minimis*, quæ nec ingenii mei modulum excedere, nec à recentiorum quoquam pertractata eſſe videbatur. Ea digna mihi viſa fuit, in qua ſtylum meum exercerem. Equidem non diffiteor, ex veteribus JCtis Andream Tiraquellium *de Judicio in rebus exiguis ferendo* tractatum brevem nec inutilem prorſus

ſus conſcripſiſſe, qui inter opera ejus junctim edita extat *Tom. V. p.* 104. *ſeqq.* Is quoque in *d. tract.* memorat, Corſetum id thema occupaſſe, quem quidem hactenus videre non licuit, ejus tamen mentionem quoque facit Petrus de Baiſio in *Directorio Electionum* (quod exhibetur in Tractat. Tract. T. XV. 1.) ubi *part.* 3. *cap.* 32. *p.* 399. *col.* 2. *fin.* ita ſcribit: *Corſetus in tractatu de Excellentia & Poteſtate regia, qualiter de modico ſit, vel non ſit curandum, materiam accumulatiſſime tractatam habet, ubi ponit regulam, quod de minimo non ſit curandum, quam corroborat* 76. *mediis, & pro parte contraria adducit* 44. *media.* Ex quo patet, Corſetum ſtatim in principio impegiſſe, regulamque de minimis negative formaſſe. Tiraquellius autem, ad quem redeo, in eo maxime humaniter lapſus eſt, quod totam hanc materiam brocardicam eſſe ſcribit, nec certis regulis poſſe definiri; unde poſtmodum à falſis concluſionibus vix ſibi temperare potuit. Igitur nullum eſt dubium, poſt laudatos Autores, mihi quoque adhuc campum aliquem relictum eſſe, in quo virium mearum & ingenii periculum facere poſſem. Quod, ubi in ampliſſimo argumento, ea qua fieri poteſt brevitate, aggredior, dabis veniam B. L. humaniter erranti, & inxcercitatum ſcriptorem pro tua humanitate adjuvabis. Vale.

CAPUT I. GENERALE.

SUMMARIA.

1. *Minimum quid?*
2. *Quotupliciter dicatur?*
3. *Quantum dicatur? Diverſæ Doctorum ſententiæ. Prima opinio.*
4. *Secunda; Tertia; Quarta; Quinta;*
5. *Sexta. Rectius Judicis arbitrio relinquitur.*
6. *Cauſa poſſeſſionis an minima?*
7. *Cauſæ criminales quæ minimæ, quæ majores ratione diverſorum Judicum?*
8. *Hæc diverſitas à Juſtiniano ſublata. Hodie quo reſpectu cauſa criminalis minima dicatur?*
9. *Minimum ratione temporis quantum? Diverſæ ſententiæ. Prima:*

10. *Secun-*

10. *Secunda & tertia. Rectius Judicis arbitrio relinquitur.*
11. *Res minima non prorsus negligenda. Exemplo vectigalis urinarii.*
12. *Tributi meretricii.*
13. *Nec in Jure prorsus nostro negliguntur.*
14. *Unde igitur regula: Quod minima non curet Prætor. Communio opinio. Latior sensus*
15. *Explicatur;*
16. *Illustratur.*
17. *Majores Magistratus qui? & horum respectu causæ majores dicuntur.*
18. *Refertur Lex 8. Cod. Theod.*
19. *Illustratur.*
20. *Ratio connexionis.*

§. I.

R*Es minima* quid sit, cuique facile cognitum esse potest, nec adhibita prius definitione evolvi debet. Quo minus enim aliquid est vel minutius, eo magis accedit ad naturam simplicium, quæ eo quod ex pluribus ideis haud sunt composita, haud quoque possunt definiri. Dicitur etiam res parva, modica, exigua, causa levis, quæ meretur contemni, quæ vilis est.

§. II.

Minimum autem aliquid potissimum dicitur tribus modis 1.) *ratione pretii vel valoris.* Dantur enim res minimi valoris, in quibus absque metu simulati contractus, etiam in uno nummo vel obolo pretium consistere posse, nemo est qui ambigit, quia inter mercem & pretium proportio est. *l.46. ff. de locat.* 2.) *Ratione temporis & durationis* modicum est, quod & *temporis punctum & momentum*, tum bonis Scriptoribus, tum etiam in Legibus vocatur. *l. 134. ff. de V. S. l. 3. §. minorem 3. ff. de minor. l. 6. ff. de usucap. l. 23. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. 44. §. 1. de acquir. possess. l. 3. fin. ut in possess. legat. l. 3. §. 1. quod vi aut clam l. 63. fin. ff. ad L. Falcid.* quod tamen quam sæpissime temperamentum aliquod & intervallum admittit, ut infra latius docebitur.

cebitur. Hoc ſane ſenſu etiam interdicta retinendæ poſſeſſionis paſſim *momenta* vocantur & *momenti actio*, tum & *momentaria poſſeſſionis actio.* vid. *L. ult. C. qui legitim. perſon. ſtand. in jud. hab. vel non l. ult. C. Th. unde vi.* Denique 3.) acceſſoria etiam & incidenter emergentia quamplurimum pro rebus minimis reputantur. *l. 24. ff. de contrah. empt.* eoque per ſe non attenduntur, ſed naturam ſui principalis ſequuntur. *Can. acceſſorium de R. J. in 6.*

§. III.

Quantum ſi quod minimum vocatur, definiri iterum & terminis circumſcribi nequit. Etenim in nonnullis materiis, criminalibus vel civilibus, ſtatis Legibus id repetitur expreſſum: Sic v. g. furtum parvum Legibus noſtris infra ſolidos quinque determinatum: in contractibus læſio infra dimidium ſe continens pro modica reputatur, cui nullo juris remedio ſuccurritur &c. Sed in quamplurimis cauſis minimarum rerum quantitas haud eſt definita, quæ ſane negotium non modicum faceſſunt Doctoribus noſtris. Igitur ut de iis initium faciam, quæ minimæ dicuntur ratione pretii & valoris, meum eſt disquirere, quantum hoc ſenſu pro minimo reputetur? Jacobus Menochius quinque diverſas Doctorum ſententias hac de re refert *in tr. de arbitr. Jud. quæſt. l. 2. cap. 72.* quarum prima eſt *gloſſa ad cap. 3. Nov. 17.* ſive *in §. ſit tibi verb. brevioris in auth. de mand. Princ.* cauſam dici minimam, quæ centum aureorum eſt, quam ſententiam probant Bartolus *in l. imperium n. 25. de Jurisdict. omn. jud.* Baldus *in l. placet n. 3. de pedan. judic. in §. ne autem in auth. de judic.* ſive *Nov. 82. cap. 9.* ſed perperam; quia ibi ſportulis tantum certa quædam quantitas ſeu taxatio præſcripta ab Imperatore fuit; cujus etiam ſingularis hanc in rem extitit conſtitutio in priore Codice Juſtinianeo, ad quam provocat in §. 24. & 25. *Inſt. de Action.* Quæ tamen in Codice repetitæ prælectionis non extat, nec in Baſilicis repetitur, idque ideo factum credit Cujacius *lib. 12. obſ. 22.* quod longe alium modum Conſtantinus Porphyrogenneta ſportulis & ſumptibus in diverſis Judiciis impoſuiſſet, idemque ex Theophilo & Novellis oſtendit, ſportularum modum tum pro modo petitæ quantitatis certo defini-

definitum fuisse: nimirum in centum aureos, dimidiatum, in ducentos, aureum, & in millenos, sex.

§. VI.

Secunda fuit opinio Azonis, ut retulit Glossa *in auth. nisi breviores C. de sent ex peric. recit.* esse causam minimam quinquaginta aureorum ex *l. 1. C. de defens. civit.* Quæ tamen non obtinet præterquam in Jurisdictione defensoris civitatis, cujus potestas ad eam demum summam restricti fuit, quam Justinianus postea extendit ad trecentos aureos *in Nov. 15. cap. 3. §. Et judicare 2. v.* Corasius *in l. Magistratibus n. 9. & l. ult. §. quoties n. 1. ff. de Jurisdict. omn. judic.* *Tertia* est opinio Fulgosii *ad l. Imperium*, ut ibi eam refert Caspar Valascus *n. 261. in fin. de Jurisdict. omn. jud.* Causam minimam dici aureorum viginti quinque. Quæ sententia nulla vel lege vel ratione sustinetur, unde merito quoque reprobanda. *Quarta* fuit opinio, quam recenset *Gloss. in alleg. §. sit tibi in auth. de mand. princ.* sive *cap. 3. Nov. 17.* causam esse levem, cum quinque aureorum est, ex *l. Divus ff. de bon. damn.* quæ iterum ad rem nihil confert, cum leves annulos esse dicat, qui valorem quinque aureorum non excedunt. *Quinta* fuit Bartholi *in l. mediterraneæ C. de annon. & tribut.* Causam dici parvam, cum ejus valorem impensa excederet; quamobrem idem quoque docuit, tutores excusari, si litem non moveant pupilli nomine, cum timor est, ne impensa excedat causæ valorem, quod etiam tradit Dec. *in l. pactum Curatoris n. 6. C. de pact.* qui id eo restringit, nisi tutori expensæ restituendæ essent. Eodem modo Bartolus *ad d. l. mediterraneæ n. 3.* non esse *ait* faciendum inventarium, ubi plus impensarum quam lucri adesset, idemque scripsit Boer *qu. 124. n. 16.* Verum & hæc opinio casus omnes non distinguit, nec ad omnes peræque applicari potest; quoties scil. non quantitas sed jus sub lite versatur.

§. V.

His addo *sextam* sententiam, eorum sc. qui causam minimam esse dicant duorum aureorum *ex l. 9. fin. sequ. ff de dolo malo.* Unde de furto criminaliter & extraordinarie procedi haud posse, nisi excedat duos aureos, ex hac ipsa lege probare voluit Wesenbec *ad d. l.*

 n. 6.

n. 6. *& de furtis n.* 10. At vero, præterquam quod illa Lex specialis sit, & ad actionem famosam de dolo tantum pertineat, quæ uti propter rem minimam non conceditur, ita nec cum aliis negotiis quicquam commune habet; certe errare non videntur, qui duos istos aureos ne quidem taxationis aut restrictionis gratia in illa L. adjectos, sed illustrationis & exempli loco allatos fuisse existimant. Ergo demum nihil aliud superest, quam ut dicamus, arbitrio prudentis judicis relinquendum esse, quænam causa magna, quæ parva aut modica sit censenda, habita sc. ratione rerum & personarum, quibuscum agitur, tum etiam negotiorum, in quibus judex versatur. Menochius *lib.* 2. *de arbitr. jud. qu. cas.* 72. *n.* 10. *seq. & ibi allegat.* ubi etiam causam possessionis ad causas minimas refert, inter quas etiam refertur *in l.* 8. *C. Th. de Jurisdict.* quæ singularis est in tota hac materia, unde eam inserui *infr.* §. 19. *h. cap.*

§. VI.

Sane *possessorium* quod dicitur *ordinarium*, partim propter commoda possessionis, partim etiam, quod rei majori, ipsi scil. petitorio non modicum præjudicium pariat, inter causas minimas haud indistincte referendum esse, quilibet facile fatebitur. Ergo *summarium* demum ad causas minimas spectat, eoque nomine modici dicitur esse præjudicii, unde nec à sententia in summario lata, seu interlocutoria appellari potest: tum in summario imperfectæ admittuntur probationes; Brunnem. *Proc. civ. cap.* 1. *n.* 48. in eoque ad ultimum demum actum possidendi respicitur, & quis sit in possessione, non quis possideat. *Clem. sæpe de V. S. lib.* 2. *obs.* 7. In Lege autem allegata 8. *C. th. de Jurisdict. & ubi quis convenir. deb.* ubi de jurisdictione criminali majoris judicis seu Rectoris provinciæ agitur, recte quoque momentariæ possessionis causa inter minores causas criminales recensetur, Rectoris jurisdictione indignas; non enim vim semper continet, non semper pœnam meretur; non in Leges Julias semper incurrit; non exigit semper inscriptionem: quia possessio alicujus non semper vi movetur aut turbatur; sed etiam alio modo, puta si errore, vel per injuriam Domini ab alio possessio occupata fuerit. *l.* 5. *C. unde vi.* quod ostendit etiam *tot. tit. C. si per vim aut alio modo absentis perturbata sit possess.*

§. VII.

§. VII.

Igitur in criminalibus ex modo allegata *l. 8. C. Th. de Jurisdict.* videmus, ratione superioris judicis, inter minores causas tanquam ejus jurisdictione indignas, olim varias fuisse relatas; veluti de *fugaci servo*, recepto scil. *Fugax* autem servus est fugitivus, quo sensu etiam accipitur apud Ennodium *lib. 3. ep. 16. & 19.* Tum *furtum*, sive manifestum, sive non manifestum; etiam *animalis & servi*, ut & *vi bonorum raptorum*; idque tam rei mobilis quam immobilis: veluti parvulæ terræ, fimi, ut & parvulæ casæ, & *abacti animalis* crimen. Hæc omnia levioribus criminibus *in dict. Lege 8. de Jurisdictione* annumerantur. Abacti scil. animalis causa nonnunquam sine inscriptione proponitur, & ut Saturninus dicebat, ad examinationem civilem pertinebat, *l. 1. §. 4. ff. de abigeis.* seu ad Jus ordinarium. *l. ult. ff. de privat. delict.* Abigeus non semper ut abactor, sed & velut fur punitur: Abactorem enim facit locus unde abegit, puta ex pascuis vel armentis. *l. 1. §. 1. ff. de abigeis.* item studium quasi artem exercentis *d. l. 1.* Denique numerus pecorum, nam si unam forte capram abegerit, ut fur tenetur, actione in duplum vel quadruplum. Quare fallitur Hottomannus, qui hanc Legem ineptiæ accusat, quasi subrepti animalis & abacti eadem causa esset, atque adeo frustra hac Lege idem repeteretur. Tandem minoribus causis hac Lege Imperator opponit causas, *quas dignus & meritus honor inscriptionis impleverit.* Nempe, ut jam *in §. præcedente* præoccupavi dicere: Causæ, quæ vim continent; quæ pœnam merentur publicam; quæ in Leges Julias incurrunt; quæ inscriptionis exigunt necessitatem, eæ ad majora crimina hic referuntur.

§. VIII.

Verum id omne Justiniano postea non immerito displicuit, relicta minimorum etiam criminum cognitione Præsidis jurisdictioni. Et hæc causa est, cur Tribonianus integram *hujus L.* sententiam in Codicem suum non retulerit, ac nominatim versiculum *cum igitur*, ab eo abesse voluerit, cum tres tamen lacinias & sententias ex hac Lege in eum retulisset, puta *Legem 8. C. unde vi. l. pen. C. de accusat. & l. un. C. de abigeis.* Hodie autem, licet nullum delictum Lege notatum

tum per se pro parvo aut minimo reputetur; unde etiam ex rebus minimis magna sæpe delicta oriri supra notavimus: tamen ratione criminalis persecutionis non omnia delicta peræque pro magnis reputantur, nec criminali pœna vindicari poterunt. Unde nec furtum in re minima commissum; nec abigeatus in parva aliqua & unica pecude; nec levis injuria, sed atrox, criminali judicio vindicatur, de quo suo loco prolixius.

§. IX.

Modicum quantum sit *ratione temporis*, dudum disputatum fuit occasione *Legis* 21. §. *ult. ff. de recept. arbitr.* Verba Legis hæc sunt: *Intra quantum autem temporis, nisi detur, quod arbiter jusserit, committatur stipulatio; videndum est. Et si quidem dies adjectus non sit; Celsus scribit libro secundo Digestorum, inesse quoddam modicum tempus, quod ubi præterierit, pœna statim peti potest; & tamen, inquit, etsi dederit ante acceptum judicium, agi ex stipulatu non poterit.* Jusserat scil. suo laudo arbiter aliquid dari, quod nisi detur, pœnam adjicit. Tunc, modo non certa dies laudo adjecta, condemnatus pœnam evitabit, si intra modicum tempus dederit. Quodnam autem sit illud modicum tempus, illud, ut dixi, inter Doctores fuit controversum. *Prima* enim est opinio *glossæ in d. l.* esse illud tempus, quod debitoribus judicatis indulgetur. *l. f.* §. *fin. C. de usur. rei judic. l.* 20. *ff. de re judic. l. si debitori ff. de Judiciis*, quæ in hac quidem materia ex eo confirmari videtur, quod arbitria redacta dicantur ad instar judiciorum. *l. 1. de recept. jud.* (*v.* tamen Menoch. *de arbitr. jud. quæst. l. 2. cas.* 8. *n.* 6.) generatim sane & in aliis materiis salva æquitate admitti nequit.

§. X.

Altera sententia est, modicum tempus intelligi usque ad litis contestationem, quam ex *alleg. l.* 21. *in fin* aliqui probare conantur apud Menochium *d. l.* 2. *cas.* 8. *n.* 7. quorsum etiam referri poterat §. 26. *Inst. de Action.* verb. *si distulerit, usque quo jussu Magistratuum conveniatur.* Et *Tertia* denique est Lucæ de Penna *in L. omnes omnino curiales C. de Decur.* Dec. *in L. quicquid calore in fin. ff. de R. I.* Bossii *tract. caus. crim. tit. de homicidio n.* 62. triginta scil. dierum spatio; seu unius

unius mensis, appellationem modici temporis complectentium, quo termino etiam aliquid *statim* fieri dicitur apud Strauchium *in Lexico partic. jur. h. voce.* Idque maxime Doctores ad evitandam deliberati animi qualitatem, in homicidio post rixam commisso admittunt. Bossiusque observat, in causa quorundam Laudensium ita observasse Senatum Mediolanensem apud Menochium *d. l. 2. cas.* 361. *n.* 20. Sed utrumque absque solida ratione & Legum autoritate definitur. Hinc Judicis arbitrio res iterum committenda, qui pro ratione causarum, personarum, aliarumque circumstantiarum, modicum illud temporis varie determinare potest, *arg. l.* 1. *§. ult. ff. de Jur. deliber. l.* 3. *in fin. ff. ex qua caus. major.* vid. Menoch. *d. l. 2. cas.* 11. *& cas.* 361. *n.* 21. Carpzov. *part.* 3. *const.* 32. *def.* 21. *fin.*

§. XI.

Res autem minimas haud prorsus susque deque habendas esse, in publicis negotiis oppido constat. Nam quoties parva scintilla non magnum excitavit incendium? quoties ex levissima causa non magna bella orta, aut magnæ in Republica pariter atque Ecclesia factæ conversiones? Sæpe magna emolumenta ex rebus percipiuntur minimis; id enim vel iis maxime constat, quos auri sacra fames tractare calculos docuit, & solerter computare cujusque rei proventus. Sed ne sacra artis mysteria publicasse videar, exemplo sit, publicum istud, veterumque scriptis celebratum, ex re vilissima susceptum vectigal urinarium, à Vespasiano, ut putant, primum institutum, quod postmodum Principes secuti non solum probaverunt, sed vel auxerunt etiam & amplificarunt. Sane Gregorius Cedrenus id testatur: *Chrysargyri pensio fuit*, inquit, *talis, ut quisque mendicus aut pauper, meretrix, sive jam emerita, omnis servus, itemque libertus, inferrent in ærarium, pro urina & stercore, jumentorum etiam & canum: sive in agris, sive in oppidis habitarent. Et homines quidem utriusque sexus nomisma argenteum; equus, mulus, bos tantundem; asinus & canis folles sex.* Cum Gregorio Cedreno Constantinus Manasses *p.* 119. & 120. facit, cujus locum allegat Justus Lipsius *de magnitudine urbis Romæ lib.* 2. *cap.* 6.

§. XII.

Taceo lustralem collationem, seu Chrysagyron πεντεταετηρικὸν quod

vocatur, lenonibus & meretriculis, ex veterum incuria, (ut loquitur Imperator Theodosius Jun. *in Novella de Lenonibus* 18.) antiqua consuetudine, tum in veteri, tum nova Roma impositum. Jam enim à Caligula ex prostitutarum & lenonum quæstu tributum exactum, teste Suetonio *cap.* 40. Quod tamen ærario inferri noluit Alexander Severus, sed sartis tectis destinavit publicorum operum. *Lenonum*, inquit, *vectigal & meretricum & exoletorum in sacrum ærarium inferri vetuit, sed sumptibus publicis, ad instaurationem theatri, circi, amphitheatri & ærarii deputavit.* Ubi postremo loco *ærarium Saturni* intelligit, cujus sartis tectis pariter hoc tributum destinaverat, ut cæterorum. Conf. Jac. Gothofredus *in Comment. ad l.* 1. *C. Th. de lustral. collat.*

§. XIII.

Pariter nec in Jure nostro res minimæ prorsus negliguntur. Quin commune axioma factum: *Minima circumstantia variat Jus.* Vid. Petr. Barb. *ad L. Titia* 35. *n.* 25. *ff. de solut. matrim.* Purpuratus *in l. precibus C. de imp. & aliis subst. n.* 24. & quos refert Aug. Barbosa *lib.* 6. *cap.* 3. *axiom.* 12. Et minimarum quoque rerum occasione crimina enasci, exindeque actiones esse proditas in vulgus notum est. Nec metuere juris Autores, ut Plato *l.* 5. *de Legibus* opinionem μικρολογίας, velut de umbra litigantes, ut in specie *l.* 1. §. *pen. ff. de arb. cæd.* ob surrepta cornua bovis, ut in *l.* 14. §. 2. *ff. de condict. furt.* de lana caprina, *in l.* 70. §. 9. *ff. de legat.* 3. & de fimo surrepto, qua de re specialis etiam actio Attico Solonis jure prodita erat, quæ dicebatur βολίτου δίκη, quod testatur vetustissimus Aristophanis Scholiastes *p.* 227. cujus verba Suidas quoque in suum Lexicon transscripsit. Et alioquin etiam fimi seu stercoris occasione aliæ actiones Jure Civili proditæ sunt, quas repetere licet ex *l.* 5. §. 3. *ff. ad exhib.* ubi propter fimum actio ad exhibendum conceditur, in qua & hoc singulare est, quod non tam ad exhibendum, quam tollendum fimum ea detur. Vid. Brunnem. *ad d. l. n.* 5. 6. add. *l.* 17. §. 2. *ff. si serv. vindic. l.* 7. §. 6. *& l. ult.* §. 3. *ff. quod vi & clam. l. un. ff. de via publ. & l.* 2. §. 9. *ff. ne quid in loco publ.*

§. XIV.

Ex dictis patet, quod passim & sæpe rerum quoque minimarum soleat haberi ratio. Unde igitur orta vulgata illa regula: *Minima non curat Prætor*, quæ fundatur *in l. 4. ff. de in int. restit. l. 9. §. ult. & l. seq. de dolo malo l. 54. de contrah. empt.* Non sane à nostra alienum sparta esse videtur, ut in hoc ipso *Capite generali* de genuino ejus sensu paulo dispiciamus. Communis autem omnium ferme Doctorum opinio facta est, quæ nec debito suo fundamento destituitur, regulam intelligendam de remediis extraordinariis, quæ tendunt ad rescissionem actus, restitutionis scil. in integrum, sub qua materia quoque allegatæ Leges in Pandectis occurrunt: Prætorem in integrum haud restituere ob levem quamcunque causam, sed justam & gravem desiderari, ob quam is restituat. Joach. Hopp. *Comment. ad Inst. §. 16. de rer. divis. p m. 291. fin.* Interim nec in vita nostra Jurisprudentia latiorem quoque sensum hoc brocardicum recipit. Notum enim est, Prætorem olim vel ipsum & solum, causa cognita, judicasse vel Judicem pedaneum dedisse cum formula, secundum quam is de facto cognosceret & judicaret, cujus juris originem ab ipsis regum temporibus repetit Gerh. Noodt *Jurisdict. lib. 1. cap. 6. p. 127.* Neque vero, quod multi existimant, in Prætoris positum erat arbitrio, velletne Judicem dare ordinario Jure, an mallet ipse judicare extra ordinem. Verius est, Edicti fuisse habendam rationem, & ipsius, de quo disceptabatur, negotii. Si enim de jure quæstio erat; ipse Prætor jus dixit extra ordinem: Sin de facto; Judex dabatur. Unde formula: Si paret condemna. Gerh. Noodt *de Jurisd. lib. 1. cap. 8. p. 130.* Ex quo lucem accipit *l. 3. ff. de privat. delict.* quam tamen hoc loco non examino.

§. XV.

Etenim causæ, quæ Jurisdictionis vim desiderabant, vel quæ majoris momenti erant, ad cognitionem Prætoris pertinebant, nec circa illas Judicem pedaneum Prætor dare poterat; v. g. retractatio sententiæ, restitutio in integrum &c. causæ erant majoris momenti, quæ ad reformationem quasi juris ordinarii pertinent; igitur non remittebantur ad Judices pedaneos, sed Prætor in iis exercebat suam

Jurisdictionem. Et hæc dicuntur *cognitionis esse non juris ordinarii* in insigni loco Suetonii *in Claud. cap.* 15. quæ formula etiam in jure nostro deprehenditur *in l. 9. §. 1. ff. de offic. Proconf. l. 71. 105. ff. de Reg. Jur.* quæ singulares sunt in hac materia. Et *juris ordinarii* quoque mentio fit (ut appareat, etiam in criminalibus hanc distinctionem fuisse observatam,) *in l. 3. ff. de privat. delict.* idem occurrit *in l. 178. §. pen. in fin. ff. de V. S.* add. *l. 3. de restit. in integr. l. 8. pr. ff. de transact.* Cum his, quæ dicta sunt, conferenda *l. 1. C. de offic. Prætor. & tot. tit. ff. de extraord. cognit.* Et quibus oppido constat, fuisse causas majores, solius majoris Magistratus cognitione dignas; in minoribus autem Prætorem Judicem pedaneum dedisse.)

§. XVI.

Idem jus fuit Præsidum seu Rectorum provinciæ, ut vel *ex sola l. 2. & l. 5. C. de pedan. Judic.* cuique facile patet. Sed cum eæ hactenus ex difficillimis totius Codicis habeantur, ad earum intellectum paucis notandum: antedictam Legem tria causarum genera distingui solita fuisse: unum, causarum humiliorum, in quibus Rectores provinciarum Judices pedaneos dare cogebantur, quia indignæ hæ causæ videbantur cognitione Rectoris. Secundum genus erat earum, in quibus Rectores ex officio cognoscere debebant ipsi, neque Judices dare poterant. Tertium, in quibus pro arbitrio suo, vel cognoscere ipsi, vel Judices dare poterant. At enim, ubi ad Diocletianum & Maximianum, Legis nostræ Autores ventum, Rectorum dignitas valde accisa fuit, iisque imposita cognoscendi super omnibus causis necessitas, Judicumque dandorum facultas iis adempta fuit, *d. l. 2. C. de pedan. Judic.* his tantum casibus exceptis, puta propter occupationes publicas in humilioribus causis, vel propter causarum multitudinem. Quod tamen jus iterum à Juliano revocatum, dandique Judices pedaneos facultas Rectoribus restituta *in l. 5. C. d. t.*

§. XVII.

Fuerunt igitur causæ, majorum Magistratuum veluti Prætorum, & provinciæ Rectorum cognitione indignæ. Quod & illustrat *l. 1. C. de defensoribus civitatum,* ad quam supra jam provocavimus.

Si quis, inquit Imp. *de tenuioribus & minuscularìis rebus interpellandum te esse crediderit, in minoribus causis, id est usque ad quinquaginta solidorum summam acta judicialia conficias.* Data autem est ea Lex ad aliquem defensorem civitatis, qui inter Judices minores erat, eique minorum causarum cognitio tribuitur; majores vero causæ, quæ *dignæ forensi magnitudine videbuntur*, ut ait Lex, ad Præsidem signatis verbis remittuntur. Cujus rei ratio prima & principalis hæc fuit, quod magnos Judices non parvarum rerum, sed magnarum cognitiones deceant, opinionemque adeo μικρολογίας vitare oporteat. Accedit, quod ita aviditati Prætorum & Rectorum, omnium promiscuæ causarum cognitionem sibi vindicantium, fibula imposita videatur. Quo ipso alioquin colore Valentem Imperatorem à simili studio revocaturus Modestus *P. P.* apud Ammianum Marcellinum *lib.* 30. *p.* 448. adserebat: *Quod infra imperiale culmen privatarum causarum minutiæ essent.*

§. XVIII.

Sed & criminalium causarum nonnullas minores, Rectorumque cognitione indignas fuisse jam supra §. 6. innuimus, ubi simul ad *l.* 8. *C. Th. de Jurisdict. & ubi quis conven. deb.* provocavimus, quam hoc loco inserere haud abs re videtur:

Imp. Arcadius & HONORIUS AA. Pasiphylo suo salutem.

Causas plurimi de fugaci servo, aut manifesto furto, aut non manifesto, direpti etiam animalis, servi vel rei mobilis instituentes, vel vi bonorum raptorum, parvulæ etiam terræ fimi, ut & parvulæ casæ, sub specie criminis tuum pulsant Judicium: Momentariæ etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam, ut mox audiri interdum etiam sine inscriptione mereatur: abacti etiam animalis causa proponitur. Cum igitur de his rebus parvis ac minimis tuæ sit injuria potestatis judicare, decretum est, eas tantum causas criminales à sinceritate tua audiri, quas dignus & meritus honor inscriptionis impleverit: quæ magnitudinem videlicet criminis, tempusque designat, ut alterutram partem digna legum tenere possit austeritas. Quod statutum, si fuerit forte contemptum, hi, qui ex officio ingrediuntur Secretarium, quinque libra-

rum auri condemnatione feriantur. Data VIII. Id. Januarii. Mediolani Olibrio & Probino Coss. (395.) Hanc Legem paulo explicatius sistit vetus Interpres: *Quoties de parvis criminibus, i. e. unius servi fuga, aut sublati jumenti, aut modicæ terræ, seu domus invasæ, vel certi furti, i. e. detenti aut perventi, sub criminis nomine actio fortasse processerit, ad mediocres Judices, qui publicam disciplinam observant, i. e. ad defensores aut assertores pacis vindictam ejus rei decernimus pertinere. Ad Rectorem vero provinciæ illud negotium criminale perveniat, ubi de personarum inscriptione agitur, vel major causa est, quæ non nisi ab ordinario judice, recitata legis sententia debeat terminari. Quod præceptum, si fuerit prætermissum, officiales, qui negotia intromittunt, in quinque libras auri se noverint esse damnandos.*

§. XIX.

Ex dicta Constitutione patet 1.) ipsa quoque crimina, ut diximus, vel majora fuisse, vel levia & minora; 2.) & illa quidem ad Rectorum provinciæ cognitionem tantum pertinuisse, minora vero ad minores Judices, h. e. ad defensores civitatum & assertores pacis, ut recte Interpres, spectasse; Hi enim instar Judicum pedaneorum, proprie Magistratum non gerebant, neccum iis Judicium erat apud Romanos; hinc ipsis non erat jus mulctæ dicendæ, nec tormentis quemquam subjicere poterant. *l. 5. C. de defens. civit.* Jus enim mulctæ dicendæ iis tantum competit, quibus publice Judicium est. *l. 2. §. ult. ff. de judic.* Illud ulterius notandum, *fimi* quoque inter causas minores hic fieri mentionem, de quo in §. 13. diximus, in jure quoque proditas fuisse actiones. *Fimi* enim habet vulgata lectio, quamvis MSC. nonnulla *finium* hic præferant, quod & malunt Cujacius autoritate *Novellæ Justiniani 69. cap.* 1. & Jac. Gothofredus *in Comment. ad d. l.* ductus potissimum argumento aliarum specierum, *terræ sc. & parvulæ casæ*, inter quas medio quasi loco hæc *finium*, seu de finibus actio interjacet.

§. XX.

Ergo ut è diverticulo in viam redeamus. *Minima non curat Prætor*: Majores scil. Magistratus, veluti Prætor & provinciæ Rector, (hi enim proprie Magistratum gerebant, unde quoque ratione Ju-

risdictionis civilis semper in Legibus conjunguntur. *l. 5. ff. de curat. furios. & alibi passim*) caussarum modicarum, sive civilium sive criminalium cognitioni ipsi quidem non vacant; Sed propterea hæ ipsæ res minimæ ab omni juris remedio haud quaquam destitutæ sunt. Nec tamen semper minimarum rerum rationem habere proficit: quin ipsa nostra jura haud adeo in minimis curiose occupata, ea quam sæpissime & supine negligunt. Nostrum igitur est, ut quando & quibus in causis minimarum rerum habenda sit ratio vel non habenda, ulterius hac Dissertatione inaugurali disquiramus.

CAPUT II. SPECIALE.

SUMMARIA.

1. *Notatur Tiraquellius.* 2. *Alii Doctores.*

§. I.

ANtequam inquirimus, quando attendi soleant minima, quando negligi, notandus ante omnia error Andreæ Tiraquellii, cujus in Præfatione quoque mentionem facimus. Is autem *in fin. tr. de Judicio in rebus exiguis ferendo (qui extat inter opera ejus junctim edita T. V. pag. 104. seqq.) totam hanc materiam brocardicam esse* asserit, *nec in certam doctrinam dari posse.* Sane enim certis suis principiis ea constat, tum ex universali, tum ex Romana quoque Jurisprudentia petitis. Cur igitur ad regulas reduci non posset? Cur ad indocilem usus disciplinam referenda esset? Videtur autem Tiraquellio fucum fecisse, tam inconstans & hiulca Doctorum de formandis istis regulis sententia.

§. II.

Alii enim, inter quos est Bartolus apud Tiraquellium *d. l. pag. 120. fin.* rem omnem una regula comprehendunt, unaque exceptione. *Regula* est: Quoties agitur de jure communi, & regulariter curari minima. *Exceptio* est: Si de jure speciali agitur, quod est contra jus commune, sub quo etiam intelligunt omne remedium, quod resti-

restitutionem concedit, tunc non curari minima. Panormitanus apud eundem Tiraquellium. *d. l.* brevius, quoties, ait, eadem ratio militat in minimis, curari, alias secus. Alii in ordinariis remediis regulariter minima attendi, in extraordinariis non item. Alii adhuc inter materias favorabiles & odiosas distinguunt. Nos quid cuilibet harum regularum opponi possit, prolixe afferre supersedemus. Malumus rem ipsam aggredi, distinctis secundum §. 2. *Capitis Generalis* Sectionibus.

CAPITIS II.

SECTIO I.

De rebus minimis ratione pretii & valoris, quatenus attendantur vel secus.

SUMMARIA.

1. *Formatur regula affirmative; illustratur exemplis; in facultate disponendi.*
2. *De eadem materia.*
3. *In hereditatibus.*
4. *Rex an minimam partem regni alienet in materia contractuum;*
5. *In venditione sub lege commissoria; in emphyteusi;*
6. *In locatione conductione &c.*
7. *In materia pignorum & fidejussorum;*
8. *In materia damni dati; in actionibus realibus & personalibus;*
9. *In materia de testibus;*
10. *In materia delictorum, furti & rapinæ.*
11. *Ob furtum parvum an criminaliter agi possit?*
12. *In materia injuriarum.*
13. *Princeps Jus alterius nec in minimo lædere potest. Judex an in minimo committat crimen repetundarum*
14. *In Simonia; in sacrilegio;*
15. *In crimine peculatus?*
16. *Ampliatur regula 1. Ampliatio illustratur exemplis.*

17. *Am-*

17. *Ampliatur 2. Explicatur L. 4. ff. de in integr. restit. Ampliatio illustratur exemplis.*
18. *Prima exceptio illustratur exemplis.*
19. *In restitutione & remediis rescissoriis.*
20. *De eadem materia.*
21. *Secunda exceptio.*
22. *Tertia exceptio.*
23. *Illustratur exemplis.*
24. *In arresto & incarceratione; in materia tutelæ;*
25. *In materia contractuum.*
26. *Quarta exceptio illustratur.*

§. I.

RES minimæ, eo quod parvæ aut modicæ sunt, non tamen mutant naturam suam, quia majus & minus non variat rem ipsam. Unde oritur regula, quæ fundata est in *L. 113. ff. de R. I. Minimarum rerum eadem ratio est quæ magnarum. Nec parva quantitas inducit diversitatem juris.* Imprimis cum quantum sit, quod minimum dicitur, definiri satis nequeat, ut *Cap. 1. §. 3.* docuimus, & quod vile ac minimum est diviti, pauperi sane magnum esse possit. Hinc minima in dominio sunt: Pupillis & minoribus, quamvis modico instructis patrimonio, tutores & curatores dandi, quia quam maxime educatione & bonorum administratione indigent: In minimis liberum est de rebus suis disponendi arbitrium, quibuscunque modis: constituitur feudum, in eoque non succedunt fœminæ *1. feud. 1. §. 3. 8. 2. feud. 36. 2. feud. 11.* frustra dissentiente Tiraquellio *tr. de Judicio in rebus exiguis ferendo p. 114. cas. 85.* De minimis quoque disponitur per testamentum. *arg. cap. 53. de R. I in 6.* Quamvis enim modicum patrimonium vix sollicitos post mortem suam reddat possessores; tamen nec testandi facultatem adimit, quæ juris naturalis est. Unde apud plurimas gentes, quæ à divitiarum strepitu alienæ vixerunt, incognita fuere testamenta, non quidem ex facultatis suæ, sed voluntatis defectu. In his ipsis quoque testamentis, de modico confectis patrimonio, omnes solennitates desiderantur, quæ pro forma testamentorum præscriptæ sunt, & si earum vel levissima fuerit omissa, vitiatur testamentum. *l. 1. ff. de lib. & posth. ex hered.* ex eoque ceu imper-

fecto, ne naturalis quidem obligatio oritur. *l.* 12. *C. de testam. l.* 55. *ff. de legat.* 1. Bardili *exercit.* 6. *concl.* 1. Magnus quondam Academiæ hujus Cancellarius Hertius *de Collis. Legum sect.* 3. §. 2.

§. II.

Qui vero juribus nostris prohibentur testamentum condere, ii nec de modico testari possunt; modicum enim patrimonium neminem reddit habilem ad celebrandum actum, ad quem per se quis erat inhabilis; nec impedimentum tollere potest, propter quod aliquis legibus intestabilis est factus. Huc igitur pertinent Monachi & Abbates, *Aut. ingressi C. de SS. Eccles.* quibus de modico testandi facultatem perperam tribuit Tiraquell. *d. l. pag.* 109. *n.* 25. Episcopi autem & alii Clerici testabiles sunt, quod firmant varia Episcoporum testamenta, & inter alia id, quod memoratur apud Basilium *Ep.* 221. & testamentum Gregorii Nazianzeni, quod extat apud Barnabam Brissonium *de Formulis p. m.* 680. Quamvis olim quoque Abbates & Monachos testabiles fuisse, vel ex sola *L.* 20. *C. de Episcopis* patet. Ad quam vid. Jac. Gothofr. *in Comment. ad C. Theod. T.* 1. *p.* 437. *col.* 1. §. *singula.* add. Mabillon. *lib.* 1. *de re diplom. cap.* 2. *n.* 10. Justus Fontanini *in Vindiciis Diplom. lib.* 2. *cap.* 9. *p.* 201. *seq.* Stephan. Baluz. *Not. ad Salvian. p. m.* 430. *fin.*

§. III.

Ex re minima heres, non solum ad integra legata & fideicommissa solvenda tenetur; *l.* 2. §. 2. *ff. de O. & A.* §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex Contr.* sed etiam ad omne æs alienum defuncti. *l.* 8. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l.* 33. *ff. de solut. matr. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2. Quo respectu heres quoque creditoribus hereditariis ex quasi contractu obligatur; dicitur enim adeundo hereditatem debitum subire *in L.* 1. *ff. de autor. tutor.* & quasi contrahere *in L.* 3. §. *ult. L. sequ. quib. ex caus. in possess. eatur.* cum mero jure naturali obligatio heredis, ultra quantitatem rerum hereditariarum non extendatur, quod docet Puffendorfius *lib.* 4. *de J. N. & G. cap.* 10. §. 8. *& cap.* 11. §. 19. Hinc nata Parœmia Juris Germanici: Wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen, quam explicat Hertius *lib.* 1. *parœm.* 78.

§. IV.

§. IV.

Regem, qui regnum non habet in patrimonio, nec totum regnum, nec partem ejus, quæ alicujus est momenti, sine consensu populi alienare posse, apud Doctores fere in confesso est. Sed annon minimam ejus partem, quæ meretur contemni, ignorante vel invito populo alienare poterit? Equidem quæstionem cum Glossatoribus apud Tiraquellium *tr. de Judicio in reb. exiguis ferendo* p. 113. *cas.* 74. facile affirmarem, modo certo constaret, quid quantumve in negotiis Gentium minimum dici mereretur: At enim vero id omne à prudentis Judicis arbitrio dependere supra *Cap.* 1. §. 5. docuimus. Jam Gentes superiorem nullum agnoscunt. Quis ergo arbitrabitur? Nonne successor, qui alienationem ex hoc Capite revocare constituit, sub modica alienatione magnum præjudicium sibi regnoque suo illatum magno prætextu & constanter tuebitur? Taceo inter Gentes de vili cespite terræ alienationes & contractus vix solere celebrari, partemque alienatam respectu quidem regni sui minimam, sed in se & respectu contrahentium alicujus momenti esse debere. Unde nec facile regni legitimi pars, quamvis sub prætextu minimi invito populo alienari poterit, nisi necessitas accesserit, aut celebratissimum nostro seculo æquilibrium Europæ, cui velut supremæ Legi nihil non subordinatum est. Alias in materia contractuum minimarum quoque rerum eadem habetur ratio quæ magnarum. Hinc & una simila vendi potest: in minima parte quis dicitur consors. *l.* 1. *pr. ibi sive quantumcunque C. de commun. serv. manum.* quod ad statutum Florentinum traducit Baldus, quo cavetur, ne domus alienari possit extra consortes; nam secundum regulam poterit transferri in eum qui vel millesimam partem habet. Tiraquell *d. tr. pag.* 116. *cas.* 12. Prohibitus alienare bona hereditaria sub pœna privationis, alienando rem minimam tota hereditate privatur, quia pœna commissa est *L. cum allegas* 15. *C. de Usuris.* Tiraquell. *d. l. pag.* 119. *cas.* 54. Pariter propter minimam contractus partem non impletam ex parte actoris, licet pars illa non respiciat substantialia contractus, tamen agenti ad principale, obstabit exceptio implementi non secuti. Tiraquell. *d. l. pag.* 118. *cap.* 37. nam & ex parvo defectu incidit quis in magnam pœnam contractus. *Idem d. l. p.* 119. *cap.* 49. Ex quo & illud sequitur, venditori quoque

 prod-

prodesse exceptionem implementi non secuti, si vel unus nummus pretii nondum esset solutus. *Idem pag.* 117. *cap.* 31. Mudæ. *ad l.* 13. §. 8. *ff. de act. empt. vendit. n.* 2.

§. V.

Quodsi res vendita sit sub conditione resolutiva seu Lege commissoria, nisi statuto die totum pretium sit solutum, rem fore inemptam, tumque major pretii pars soluta sit, restet autem solvendum minimum, sane ex eadem ratione Legi commissoriæ adhuc locus est. *l.* 56. *ff. de Condit. & demonstrat. De contrah. empt. arg. l.* 25. §. 13. *fam. bercisc. l.* 85. §. 6. *l.* 78. §. 2. *ff. de V. O. de Jona tr. de Lege Commiss.* §. 42. In emphyteusi, non soluta parte canonis minima, committitur emphyteusis, acsi integer canon non esset solutus. *l.* 2. *C. de emphyteusi.* Tiraquell. *d. l. pag.* 119. *cap.* 51. Si vero, pluribus existentibus dominis, emphyteuta uni tantum canonem solverit, saltem in caducitatem incidit pro parte eorum, quibus solutio facta non est, nisi domini unum inter se constituerint, cui canonis solutio fieri debeat, per hunc enim omnium dominium solvendo recognoscitur. Grave *Dissert. de Emphyteusi* §. 6. E contrario vero pluribus existentibus coemphyteutis, uno deficiente, ceteri in commissum haud cadunt, nisi sint correi debendi, cum enim quilibet in solidum ad canonem solvendum sit obstrictus, ideo unius mora relinquis etiam nocet. Grave *d. l.* §. 7.

§. VI.

In locatione conductione, antequam conductori de expensis sit satisfactum, habet jus retentionis, nec tenetur locatori, emptorem introducere volenti cedere. *l. Colonus* 12. *ff. de vi & vi armata.* Caroc. *de Locat. part.* 3. *cap.* 2. & 19. quod & de modicis expensis affirmandum. *arg. dd. LL.* Lauterb. *Compend. Jur. tit. Locat. Conduct. p.* 387. *& ibi citati*; modo tamen illæ modicæ expensæ liquidæ sint, nam ob illiquidas conductor hoc retentionis jus exercere nequit. Brunnem. *cent.* 4. *dec.* 11. In quo à commodato differt locatio, ibi enim, quoniam gratuitum est negotium, modicas expensas & cibaria præstat commodatarius. *l.* 18. §. 2. *ff. de Commodat.* Lauterb. *Compend. Jur. d. tit. p.* 223. *fin. ibique allegati.* Idem obtinet in fructuario, qui modicis

cis expensis rem, in qua habet usumfructum, reficit. *l. 7. §. 2. & 3. l. 64. ff. de usufr. l. 7. C. eod* propter utilitatem quam ex ea percipit; unde, si eam velit deserere, nec ad modicas expensas tenetur. *l. 48. ff. de usufr.* Brunnem. *ad l. 7. C. d. t. n. 6.* Immodicos autem sumptus ipse proprietarius fert; hinc ædium, quæ vetustate collapsæ sunt, refectio ad proprietarium pertinet. Castillo *cap. 56. n. 3. & seqq.* Carpz. *part. 3. const. 31. def. 9.* Brunnem. *ad l. 7. ff. de usufr. ad l. 7. n 5. C. eod.* Fructuarius autem si ejusmodi sumptus utiliter impenderit, eos à proprietario repetit actione N. G.

§. VII.

In minimis quoque debitis pignora & fidejussores accedere possunt; *l. 1. C. ut in possess. legat.* cui non obstat, quod ob parvum debitum nemo sit suspectus de fuga; pignora enim & fidejussores accipere solemus, ut diligentius nobis cautum sit (ait Imp.) *pr. Inst. de fidejuss.* adeoque non solum respiciunt debitores suspectos, aut qui solvendo non sunt, sed morosos quoque, & qui solvendi animum abjiciunt, utut solvendo sint. Frustra autem Glossatores contrarium colligunt ex *cap. 7. verb. possit modicum ei credi X. de donat. inter vir. & uxor. ap. Tiraquell pag. 109. cas. 27.* Ulterius in distractione pignorum, quamvis creditor pignus distrahere nequeat, si debitor actualiter integram pecuniam debitam offerat, eamque creditor accipere recuset. Lauterb. *exerc. 41. concl. 14.* tamen, soluta quamvis aut oblata maxima summa, ob minimam adhuc quod restat pignus vendi potest. *arg. l. 9. §. 1. ff. de pignorat. act. l. 2. C. de debit. vendit. pign.* Brunnem. *ad d. l. 2.* Tiraquell. *d. l. pag. 116. cas. 6.*

§. VIII.

Damnum quoque in re minima datum est resarciendum. *l. 22. fin. ff. de damno infect* §. 16. *Inst. de R. D.* quod tamen non pertinet ad actionem de dolo. *l. 9. sequ. ff. de dolo malo.* Brunnem. *ad l 4. C. de tit. n. 4.* quia non decet præcipuum hominis bonum ob rem minimam vitiari. Brunnem. *ad d. l. 9. f. seqq. ff. de dolo malo.* Vindicatur igitur minimum damnum vel ex Lege Aquilia, *l. 44. ff. ad L. Aquil.* vel per actionem in factum, Donellus & ibi Hilliger *l. 15. cap. 40 lit. Ee.* Actione quoque communi dividundo, quia ratione originis realis est, quæ-

ſibet inæqualitas, etiamſi modica ſit, nec ad medietatem ſeu ultra dimidium pertingat, reſarciri debet. *l.* 3. *C. Commun. utriusque jud.* & *l.* 38. *ff. fam. heriſc.* Perez *tit. C. Commun. utriusque jud. n.* 4. Tulden. ad *eundem n.* 1. Molinæ *ad Conſuetud. Pariſ. tit.* 1. §. 33. *n.* 22. Berlich. *dec.* 146. & Gail. *lib.* 2. *obſ.* 139. *n.* 3. 4. cui non obſtat *l.* 1. *C. de tit.* ubi dicitur communis rei diviſionem vicem emptionis obtinere; id enim ſpectat ad effectum diviſionis: ea ſcil. peracta, finitur communio, & partes diviſæ nunc ſingulis acquiruntur in dominium privativum, velut ex emptione. Tum in minimis etiam competit vindicandi facultas & petitio hereditatis. *l.* 10. *ff. de petit. heredit.* aut actio perſonalis ex contractu, quin appellatio quoque in minimis conceditur. *l.* 20. *de appellat.* Tiraquell. *d. tr. de Judiciis in rebus exiguis ferendo p.* 116. *cap.* 9.

§. IX.

Sicut alias in propria cauſa teſtis nemo admittitur: *l.* 10. *ff. l.* 10. *C. de teſtibus.* Ita quoque in ſua cauſa, quamvis minima, nemo idoneus teſtis vel Judex eſſe poteſt *ad LL. & C. ut nemo in ſua cauſ. Judicet per tot.* cui ſententiæ eleganter ſubſcribit Cicero pro Roſcio: *Itaque,* inquit, *more majorum comparatum eſt, ut in minimis rebus ampliſſimi homines teſtimonium de ſua re non dicerent.* Depoſitio quoque teſtis in minimo falſa, quia perjurium commiſſum eſt, tota vitiatur, per ea quæ habet Tiraquel. *d. l. pag.* 118. *cap.* 40. Illud autem controverſum, an variatio teſtium modica vel minima eorundem depoſitiones vitiet, quod tamen infra examinabimus.

§. X.

Ulterius autem conſtat, in minimis neminem citra expreſſam vel tacitam ſuam voluntatem dominio ſuo excidere, nec in minimo quem præſumi liberalem eſſe *l.* 2. *ff. de probat.* Hinc furta, rapinæ & id genus alia delicta in minimis quoque prohibita cenſenda. Unde Cicero *Paradox.* 3. *quicquid,* ait, *non oportet, ſcelus eſſe, quicquid non licet, nefas eſſe putare debemus, etiam in minimis rebus,* & Imperator *in* §. 33. *I. de act. Licet viliſſimum ſit,* ait, *quod quis petit, nihilominus plus petere intelligitur.* Furtum in re quoque minima committi, vel ſola nos docet §. *gallinarum Inſt. de R. D.* ubi furtum in gallina & anſere committi-

mittitur, & ut addit glossa etiam in ovo, eoque & actionem furti pro re minima competere necesse est. Sed cur de furto ob rem minimam agere licet, & non actione de dolo, uti vidimus §. 5. *cap.* 1. Ratio est, quia furtum clam committitur ab ignoto, à quo vix satis nobis cavere possumus, sed dolus ab eo, quem novimus. *Zæsius ad tit. ff. de dolo malo n.* 18. Brunnem. *ad l.* 9. *seqq. ff. de tit. n.* 15. Rapina etiam, ut in re minima committitur; ita ob rem quoque minimam vi raptam criminaliter agi potest, v. g. ob aliquot grossos, quia hic non rei ablatæ quantitas, sed viarum publicarum securitas spectatur, quam sane custodiri, quam maxime Reipubl. interest. *l.* 1. §. 2. *ff. de Off. Præf. Urb.* Hinc & & pœna gladii hic locum habet ex Constitutione criminali Caroli V. *art.* 126.

§. XI.

Ob furtum autem modicum non statim criminaliter aut ad pœnam ordinariam agi potest, quia cessat ratio, quam in rapina attulimus, sed requiritur furtum magnum, ut criminalis persecutio locum habere possit. Unde quodnam dicatur furtum magnum vel parvum, inter Doctores controvertitur. Sane *ex l.* 10. *ff. de dolo malo*, ut supra notavimus §. 5. *cap.* 1. deducere nonnulli volunt, magnum dici furtum, quod excedit duos aureos, deque eo criminaliter & extraordinarie procedi posse, Wesenbec. *ad d. tit. n.* 6. *& de furtis n.* 10. ubi adhuc dimidium aureum Hungaricum addit. Sed fallit Wesenbecium argumentatio sua; multum enim interest inter actionem doli & criminalem persecutionem, quia illa civilis est; de civili autem actione ad criminalem non valet consequentia. Ergo quoties Legibus civitatis non est definitum, quodnam sit furtum magnum vel parvum, recte id Judicis arbitrio committit Brunnem. *ad l.* 9. *f. sequ. ff. de dolo malo n.* 12. Apud nos vero per Constitutionem criminalem *art.* 159. 161. magnum dicitur, quod excedit solidos quinque.

§. XII.

Ex simili prorsus ratione ob minimas quascunque injurias non statim extraordinaria cognitio seu criminale Judicium instituitur. Huber. *Prælect. ad Inst. p.* 465. §. 10. *Inst. de injur. l. ult. ff. de privat. delict.*

Et

Et licet alias condemnatus injuriarum fiat infamis, sive civiliter, sive criminaliter actum sit. *l. 7. pr. ff. de injur. l. 1. de his qui not. infan.* hoc tamen non obtinet, cum ob levem injuriam quis condemnatus est. Harprecht *ad* §. 10. *Inst. de injur. n. 93. propter L. 17. §. 3. ff. de injur. junct. l. 11. de pœn. & l. 8. C. de Decur. it. propter l. 40. ff. de injur. add. cap. 23. X. de sentent. & re jud. l. 2. C. de dignit.* Tiraquell. *d. tr. pag. 112. cap. 64.*

§. XIII.

Sed ut ad regulam revertamur: in minimis quoque delicta & crimina committi. Hinc nec in minimo nec stolide volentem lædere fas est. Sane nec Princeps jus alterius, quamvis in modico, lædere sine causa vel auferre absque delicto potest, multo minus in dubio id fecisse præsumitur, quod utrumque perperam statuit cum allegatis Tiraquell. *d. tr. p.* 112. *cas.* 60. *seq.* quod enim minima illa cotemptum mereantur à parte læsi, hoc nullum jus tribuit Principi, sed causa, velut necessitas vel utilitas publica. vid. H. Grot. *de J. B. & P. lib. 1. cap. 1 §. 6 & cap. 3. §. 6. n. 2.* Judex autem vel Magistratus in officio publico constitutus, quamvis à partibus xenia, h. e. esculenta & potulenta citra crimen repetundarum accipere possit, secundum *l. 18. ff. de Off. Præs. & l. 6. §. fin. ff. de Offic. Proconf.* Non tamen videntur errare, qui has Leges specialiter ad statum administratæ justitiæ apud Romanos pertinere, nec ad nostros Judices applicabiles esse existimant. Etenim Præsides provinciarum singulis annis per æstatem, juris dicundi causa per provinciam circumvehebantur, ubi certo lare & foco destituti; nec iisdem diu sedibus affixi, æquum sane videbatur, ut à Provincialibus talia xenia accipere possent, intra modum tamen *in d. l. 6.* præscriptum, quod ad nostros Judices haud pertinere nemo non videt. Unde rectius quoque faciunt suæque famæ & conscientiæ melius consulunt Judices, qui his quoque abstinent. Carpz. *qu. 93. n. 61.*

§. XIV.

Simonia quoque, quæ in rerum spiritualium, iisque annexorum, veluti beneficiorum ecclesiasticorum, decimarum &c. turpi nundinatione consistit, tunc committitur, si vel minimum pretium pro-

pro collatione beneficii datum vel promiſſum fuerit. *cap.* 8. 10. 14 *&* 20. *X. de ſimonia.* ubi ſex ſolidi inducunt ſimoniam, additque gloſſa, quod & pro regula ſtatuimus, quod parva quantitas non inducat diverſitatem juris, add. *l.* 31. *C. de Epiſc.* Similiter in re ſacra quamvis minima, e loco ſacro ſurrepta ſacrilegium committitur. *Can. ſi quis contumax.* 20. *§. ſacrilegium cauſ.* 17. *qu.* 4.

§. XV.

Porro qui vel tantillum ex ærario publico ſuffuratus fuerit, incidit in pœnam peculatus. Tiraquell. *d. tr. pag.* 119. *caſ.* 52. A crimine autem abigeatus licet anſeres, gallinæ, anates, pavones, aliaque animalia eximantur, quod late per ſpecies docet poſt Farinac. *qu.* 164. Harprecht *in Diſſert. de Crimine abigeatus* §. 16. nec etiam circa minora pecora, qui unam forte vel paucas capras abegerit, eo crimine teneatur; vid. poſt alios idem Harprecht. *d. l.* §. 22. tamen quod ad majora pecora attinet, ad pœnam abigeatus ſufficit, ſi ex his vel unica ſpecies abigatur, *d. l.* Sed hæc exempla hactenus à nobis relata regulæ noſtræ veritatem ſatis evincunt.

§. XVI.

Ampliatur autem *regula* 1. ut non ſolum obſervetur in juribus ordinariis & communibus, ſed etiam in privilegiatis. Igitur mulier in dote quamvis minuta eadem habet privilegia, quæ in magna; eſt enim & vera dos: eoque pro minima dote repetenda in omnibus mariti bonis tacitam habet hypothecam. *l. un. §.* 1. *C. de R. U. A.* § 29. *I. de act.* Et in concurſu creditorum, omnibus aliis creditoribus, etiam expreſſam hypothecam anteriorem habentibus præfertur. *l.* 12. *C. qui pot. in pign.* Denique *Authentica præterea C. unde vir & uxor*, qua ex certa parte conjux indotata admittitur ad ſucceſſionem conjugis ab inteſtato, locum quoque habet, ſi dotem quidem, ſed exiguam uxor habeat. Tiraquell. *d. tr. p.* 107. *caſ.* 9. *p.* 117. *caſ.* 29.

§. XVII.

Ampliatur 2. Res minima, (Legibus ſcil. definita) ubi magnæ facit præjudicium, pro minore non habetur, adeoque attenditur, quæ alias propter quantitatem ſuam ſecundum Leges non attende-

retur. Ratio ampliationis est, quia minima & majora dicuntur in relatione & applicatione ad usum & utilitatem, uti in doctrina morali bonum, quod nos privat possessione majoris boni, pro malo reputatur. De quo nemo sanus facile dubitabit. Rem tamen dubiam reddit *Lex* 4. *ff. de in integr. restit.* quam sæpius jam allegavimus. Ea vero ita habet: *Scio illud à quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summæ præjudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat.* Hanc Legem autem non generalem esse, sed de speciali aliquo casu conceptam, & ipsa Legis verba initialia innuunt, & probant præter alios Doctores Sfortia Oddus *l.* 1. *de restit. q.* 4 *art.* 12. *n.* 98. & 102. Gomez. *ad* §. *pœnales Inst. de act. n.* 4. Brunnem. *Comment. ad d. l.* 4. *n.* 2. Casus autem sic concipiendus: Si expediat pupillo vel minori, retinere agrum, & tutor in pretio quodammodo læsus, vellet restitutionem petere, veditor autem nollet aliquid de pretio diminuere, sed potius totum contractum vellet rescindi, si minor ob parvum excessum in pretio restitueretur, & ita contractus rescinderetur, damnum incurreret minor, dum agrum omittit sibi utilem, Brunnem. *in Comment.* add. Donell. *lib.* 21. *cap.* 9. & *ibi* Hilliger. *lit. L.* Bachov. *ad Treutl. Vol.* 1. *Disp.* 11. *th.* 2. adeoque hoc casu propter minimam summam, quæ majori facit præjudicium, restitutio non est concedenda. Alias vero manendum in regula: Res minima, ubi majori facit præjudicium, pro minore non habetur. Hinc ubi non quantitas, sed jus sub lite versatur, ad summam appellabilem determinandam non rei valor, sed juris utilitas respicitur. Mev. *part.* 7. *dec.* 108. Interdum igitur, licet per sententiam dictetur mulcta minima, quæ non continet talem quantitatem, in qua appellatio locum habere posset, potest tamen appellatio admitti, quatenus gravatum se sentit in ipsa mulctæ dictione, dum per mulctam etiam minimam irrogari potest præjudicium, quasi hoc vel illud contra jura fecerit; ubi ob istud præjudicium datur appellatio. Mev. *part.* 5. *dec.* 254. Brunnem. *Comment. ad l.* 11. *ff. de Jurisdict. n.* 2. Sane in Camera Imperiali etiam per Decretum de An. 1603. receptum, ut attendatur non libellus, sed gravamen, & in qua summa quis per sententiam læsus. Blum *de Processu Camerali tit.* 46. *n.* 9. ubi id exemplis illustrat.

§. XVIII.

Sed properemus ad exceptiones. Prima igitur exceptio à regula

gula est: *In negotiis extraordinariis & rescissoriis minima non attenduntur.* v. g. ob supervenientiam liberorum donatio jure perfecta revocatur. *l. 8. C. de revoc. donat.* quod tamen non obtinet in re minima donata. Tiraquell. *d. l p.* 111. *cas.* 53. In ædilitio edicto, ad redhibitoriam actionem requiritur, ut res sit alicujus pretii, non minima, *l.* 40. §. *ff. de ædilit. edicto.* in illa enim Lege per simplarias venditiones intelliguntur, quæ circa res viles occupantur, quia in æditilio edicto non de duplo sed simplo cavetur. vid. Cujacius *lib.* 16. *obs.* 20. Brunnem. *ad d. l.* 48. Nisi illarum rerum usus plane sit nullus, tum enim redhiberi possunt. Brunnem. *d. l.* Bachov. *Vol.* 2. *th.* 12. *lit. B.* In locatione conductione, si conductor sine culpa locatoris re conducta uti non potuerit, pro rata temporis locator mercedem restituat aut remittat. *l.* 9. §. 1. *l.* 15. §. 2. & 7. *l.* 19. §. 9. *l.* 33. *ff. de locat.* Lauterbach. *Compend. Jur. d. tit. p.* 388. quod tamen locum non habet, si modica tantum parte rei locatæ conductor uti nequiverit, aut eadem paulo minus commode uti potuerit, tunc enim locator à mercede nihil remittit. *l.* 27. *pr. ff. l.* 25. §. 6. *ff. de locat.* ubi dicitur, *quod modicum damnum æquo animo ferre debeat conductor, cui immodicum lucrum non aufertur.* add. Lauterb. *d. tit. p.* 384. *pr. ibique allegati.*

§. XIX.

In restitutione in integrum adeo minima non curantur, ut ad hanc fere solam materiam commune Procardicum trahi soleat: Minima non curat Prætor. Etenim ex quocunque capite ea petatur, si dolum & metum excipias, ob minimam sane causam Prætor non restituit *l.* 4. *ff. de in integr. restitut.* Conf. Carpz. *part.* 1. *Const.* 1. *def.* 9. Bachov. *in Comment. ad ff. d. tit. p.* 964. In remediis quoque rescissoriis, res bona fide vendita propter minimam læsionem non rescinditur. *l.* 54. *ff. de contrab. empt.* nec minor pensio locationem reddit irritam. *l.* 23. *ff. de locat. conduct.* Minima enim inæqualitas rerum, in quam consensum est, ubi nec mendacium intercessit, nec ejus, quod dictum oportuit, reticentia, in contractibus pro æqualitate habetur, ut scribit Grotius *lib.* 2. *de J. B. & P. cap.* 12. §. 26. *Conf. Idem lib.* 3. *cap.* 21. §. 27. Puffendorff *lib.* 5. *de J. N. & G. cap.* 3. §. 9. 10. & pretium, quod libera contrahentium æstimatione constituitur, latitudinem recipit, ut post Bœclerum *Differt. de mensura* explicat Puffendorf. *lib.* 5.

 cap. 1.

cap. 1. §. 45. *seqq.* nec proportio inter mercem & pretium in puncto consistit: & hoc ipsum est quod JCtus ait *in l.* 16. §. 4. *ff. de minor. in pretio emptionis naturaliter*, h. e. ἐμπορικῶς, seu ex natura commerciorum, & pro solertia mercatoria *licere contrahentibus se circumvenire*, absque dolo scil. & fallendi proposito, adeoque nec inique. Facessant igitur omnes aliæ hujus Legis explicationes, quæ vel vocem *naturaliter* jejune satis intelligunt de instinctu naturali, à sensualitate provenìente, P. Barb. *ad Rubr ff. de solut. matr. p. 2. n.* 27. aut de jure quodam Gentium legem intelligunt, quo scil. non puniatur circumventio, sed permittitur, quæ sententia est Pinelli *ad l. 2. C. de rescind. vendit. p. 1. t. 1. n.* 35. nec abludit Brunnem. *Comment. ad L. ib. ff. de minor. viginti quinque ann. n.* 11.

§. XX.

Requiritur igitur, ut læsio dimidium justi pretii excedat, licet in unico tantum nummo, Mynsing. *part.* 2. *obs.* 73. *n. & alii allegati apud* Lauterbach. *Comp. Jur. tit. de rescind. vendit. p.* 340. in quo iterum minimi habetur ratio, Tiraquell. *d. l. p.* 119. *n.* 50. modo tamen res ita comparata sit, ut excessus in uno velut nummo quodammodo considerari possit. Hæc autem verba: *si pluris res valet*, *dono*, querelam non excludunt, sed de modica saltem quantitate intelligenda, *l.* 192. *de V. S.* Maynard. *lib.* 3. *dec.* 6. & ad securitatem conscientiæ ac amicitiæ addita videntur, *allegati ap.* Lauterbach. *Comp. Jur. d. tit. p.* 342. *pr.* Quodsi contractus hoc casu juramento firmatus sit, an nihilominus, & non obstante, in uno tantum nummo læsionem dimidium justi pretii excedere, contractus rescissioni obnoxius erit? Respondemus affirmando, quia ut dictum, minor pretii quantitas diversitatem juris non inducit. Nec movemur Grotii dissentientis ratione *lib. 2. de J. B. & P. cap.* 13. §. 16. *etiamsi personæ nihil aut minus debeatur, Deo tamen fidem esse præstandam*; hæc enim falso nititur præsupposito, ex juramento Deo jus acquiri. Unde à Grotio recte recedit, qui clarius paulo quæstionem format, Puffendorffius *lib.* 4. *de J. N. & G. cap.* 2. §. 11. add. Hilliger. *lib.* 21. *Donelli Enucleati* 13. *lit. AA. & quos ibi allegat.*

§. XXI.

Huic similis est exceptio in pœnalibus: *In vita enim civili, ubi non*

non omnia ad vivum possunt resecari, quæ in se honestati naturali, aut civili forte rationi repugnant, minima sane ante omnia haud solent attendi, quæ vel communis humanitatis lapsus continent, vel sæpe etiam ob peculiares rationes nullam naturalem turpitudinem habent. Hinc ob levem ingratitudinem filiusfamilias exheredari nequit. *Nov.* 53. *cap.* 3. Nec ad feudi privationem sufficit quævis occasio, ut dicitur 2. *Feud.* 23. vel levis culpa. Nec ex levioribus delictis statim criminaliter experiri licet, ut supra docuimus §. 11. *h. sect.* Hinc minimus excessus in moderamine inculpatæ tutelæ, ob perturbationem animi, quam imminens periculum parere solet, condonandus: nec si in aperto me loco constitutum alter invadat, præcise ad fugam obligor aut semper cessim ire; Puffendorf. *lib.* 2. *de J. N & G. cap.* 5. *per tot. cap.* 6. §. 2. *lib.* 3. *cap.* 2. §. 2. *in fin.* H. Grot. *de J. B. & P. lib.* 1. *cap.* 2. §. 3.

§. XXII.

Tertia exceptio est: *Quod in minimis multas cautiones & remedia jura remittant, velut superflua, quia minima tot fraudibus haud deprehenduntur obnoxia. l.* 1. *f. ff. de ventr. inspic.* Plane, sicut ex rei, quod ajunt, modicitate recte colligimus fraudem vel dolum non subesse. Hinc quamvis de rebus minimis proditæ sunt actiones, uti supra diximus, tamen aliquando de re minima litigantes recte à Judicio repelluntur & coercentur, Carpz. *part.* 1. *const.* 1 *def.* 9. quoties sc. contentiosus & litium amans animus se prodit, cui saltem in minimis non est indulgendum. Quod ipsum potissimum in actione injuriarum locum invenit; nam quamvis omnem ejus usum à Judiciis Christianis haud temere removerim, ob rationes, quas graviter edisserit Georgius Beyerus *in Delineat. Pandect. tit. de injur. p.* 605. *seqq.* tamen & valde quoque peccare Judices existimem, qui ob quamcunque & levissimam injuriam promiscuam agendi licentiam indulgent, ubi fama in nullo posita est periculo, sed vindictam tantum spirat actor; vid. Bœhmeri *Dissert. de injustitia action. injur.*

§. XXIII.

Ex eadem prorsus ratione non semper nec indistincte ob rem minimam concedi debet appellatio. Mev. *part.* 3. *dec.* 325. Quoniam autem, ut suo loco diximus, pauperi læsio aliqua magna est, quæ diviti modica videtur; hinc arbitrio Judicis hoc recte relinquit Brun-

nem. *ad l. 4. ff. de in integrum restit. n.* 3. attento scil. respectu personarum & patrimonii. Unde bene constitutum in ordinatione summi Tribunalis Wismariensis, ut, licet summa non sit appellabilis, tamen admittatur pauper, ut refert Mev. *part.* 5. *dec.* 84. Quod etiam in Camera Imperiali observatur testante Blumio *aliisque.*

§. XXIV.

Hinc porro propter parvum debitum nemo de fuga suspectus est, eoque nec citra injuriam capi quis aut apprehendi potest. Tiraquell. *d. tr. p.* 110 *cas.* 34. Berlich. *part.* 1. *concl.* 75. *n.* 34. 35. *&* 36. multo minus autem in carcerem publicum conjici. Berlich. *part.* 2. *concl.* 28. *n.* 44. In materia tutelæ, licet alias debitor vel creditor pupilli à tutela repellitur; hoc tamen non obtinet, si debitum sit exiguum, quia in parva quantitate non præsumitur dolus aut fraus, Carpz. *part.* 2. *const.* 11. *def.* 19. quamvis dissentiat Finckelthausius *obs.* 28. *n.* 10. Nec punitur mater non petens tutorem filiis impuberibus, qui pusillum vel nullius fere valoris habent patrimonium. Tiraquell. *d. tr. p.* 117. *n.* 19. Nec tutor tenetur conficere inventarium, si modica sit pupilli substantia. Idem *d. l. p.* 111. *cas.* 45. *seq.* quod tamen de solenni inventario intelligendum. Hoc ipso quoque casu literarum imperitus admittitur ad tutelam, §. 8. *Inst. de excusat. tut. vel curat.* quia difficilem administrationem non habet, rationesque suas bacillis fissis, durch Kerb-Höltzer, tutor reddere potest. Sam. Stryk. *Diss. de bacillis fissis. vol.* 3. *Disp.* qui in tutela ampla propter necessitatem reddendarum rationum repelleretur. *l.* 6. §. *ult. ff. de excusat. tutor. vel curat.*

§. XXV.

In materia contractuum Episcopus, qui sine solennitatibus canonicis res ecclesiasticas alienare nequit, non prohibetur tamen terrulas aut viniolas exiguas, h. e. res minimas, sine solennitatibus distrahere per textum expressum *caus.* 12. *qu.* 2. *c.* 6. Res enim ecclesiæ non simpliciter alienari prohibitæ sunt. *l.* 17. §. 1. *C. de SS. Eccles.* Tiraquell. *d. l. p.* 109. *cas.* 23. Tum ob abusum rei locatæ expellitur conductor, si v. g. domum deteriorem facit. *l.* 3. *C. de locat. Consult. Holland. P.* 1. *Cons.* 25. Mev. *part.* 5. *dec.* 347. Struv. *cap.* 9. *Dec. Sab.* 18. quod

18. quod tamen secus est, si parum deteriorem fecit. Tiraquell. *d.l. p.* 111. *cas.* 57. In emphiteusi quoque disceptatur, an si inculta ea relicta fuerit, aut deteriorata, id causa sit commissi? quod affirmant nonnulli, *aut. qui rem C. de SS. Eccles.* Carpz. *part.* 1. *const.* 38. *def.* 23. id tamen non aliter concedendum, quam si relictio hæc rei perpetuum vel notabile damnum pariat, ut in vinea v. g. fieri facile potest; alias nec ob modicum damnum & deteriorationem emphyteusis cadit in commissum. Tiraquell. *d. l. p.* 112. *cas.* 58.

§. XXVI.

Quarta exceptio est: *Nisi res aliqua desideretur sub ratione quantitatis, nam nec tunc sufficit minimum.* v. g. Mulier quæ pretium intercessionis accepit, excluditur ab exceptione SC. Vellejani. *l.* 23. *pr.* §. 1. *C. ad SC. Vellej.* Quod si modicum valde fuit pretium, quod pro intercessione accepit; idem adhuc asserit Franzk. *h. t. n.* 24. rectius tamen dissentit Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 25. *th.* 4. *lit. A.* ne fœminæ pecuniola minima allici suoque beneficio facile defraudari queant. Porro, immobilium possessor satis dare non compellitur; fallit tamen in eo, qui vilem cespitem terræ possidet, *ut arg. l. creditores ff. de privil. creditor.* probat Tiraquell. *& ibi allegati d. l. p.* 110. *cas.* 36. Mercium mercatoriarum possessores, ex statuto tanquam possessores rerum immobilium immunes sunt à cautione de Judicio sisti. Mev. *part.* 8. *dec.* 30. fallit tamen in eo, qui modicas tantum merces possidet. Statutum prohibens, rem immobilem alienari in extraneum, non habet locum in re aliqua vili. Tiraquell. *d. l. p.* 115. *cas.* 94. Super futuris alimentis nemo transigere potest sine Prætoris cognitione; fallit tamen in minutis alimentis. *l.* 8. §. *ult. ff. de transact.* Tiraquell. *d. l. p.* 110. *cas.* 32. Testis propter commodum & emolumentum vel incommodum, quod ex causa sperat vel metuit, repellitur à testimonio. *l.* 1. §. 11. *Quando appell.* fallit in eo, cujus modicum emolumentum est, quia non præsumitur pro modico illo pejerare. Philip. Dec. *cons.* 175. Brunnem. *ad l.* 9. *&* 10. *ff. de dolo malo. n.* 4.

CAP.

CAPITIS II.

SECTIO II.

De modico tempore, quando attendatur vel non attendatur.

SUMMARIA.

1. *Tempes pro duratione.* ***Regula prima illustratur exemplis.***
2. *Illustratur ulterius.*
3. *Afferuntur exceptiones.*
4. *Tempus determinatur legibus & conventione hominum.*
5. *Regula secunda.*
6. *Regula tertia.*
7. *Regula quarta.*
8. *Regula quinta.*
9. *Regula sexta.*
10. *Si tempus pretio sit adjectum.*
11. *Regula septima.*
12. *Tempus absentiæ.*

§. I.

ANimus fuit paulo prolixius hanc materiam exequi, cujus utilitas ubique fere in jure nostro sese prodit; sed video præter intentionem paginas Dissertationi inaugurali destinatas fere repletas esse. Igitur hac & sequenti Sectione tantum summa Capita indico, nec facile ad latiorem campum digredior. Sub nomine autem temporis intelligimus *certam rerum creatarum durationem, quæ in se considerata, sive brevior sit, sive protensior, rerum sane naturam non variat.* Hinc publiciana in rem actione experitur, qui saltem momento temporis possedit. *l.* 12. *§. fin. de public. in rem act.* Hinc matrimonium momentaneum est verum matrimonium, ejusque effectus omnes consequitur. Uxor igitur fruitur beneficio. *auth. præterea C. unde vir & uxor.* eidemque privilegia dotis competunt, etiamsi prima nocte maritus decessisset.

Uxor

Uxor Morgengabam, ceteraque lucra nuptialia consequitur, quamvis vel momento matrimonium duravisset, in quo consentiunt Doctores, qui tamen in eo discrepant, an ista quoque lucra nuptialia mulieri obveniant, si vel post sponsalia, ante concubitum; vel post præmaturatum concubitum, ante sponsalia maritus mortuus esset. vid. Coccejus *Juris publ. prudent. cap.* 28. §. 6. *&* 20. *in fin.* add. Lauterb. *Ex.* 40. *concl.* 7.

§. II.

Hinc porro posthumus jura sibi reservata consequitur, modo post perfectam separationem à matre adhuc vivat, etiamsi illico, voce non emissa, decesserit. Lauterbach *Ex.* 4. *concl.* 3. Rumpit igitur testamentum. *l.* 12. *pr. ff. de injust. rupt. & irrito facto testam.* Filius vel momento patri superstes, eidem heres factus, eoque transmittit patris hereditatem. *l.* 9. §. 1. *&* 4. *ff. de reb. dubiis.* & facit deficere conditionem, *si sine liberis decesserit.* Tiraquell. *d. tract. p.* 116. *cas.* 3. Ex quo patet, quam specialis sit regula, quæ continetur in *cap.* 3. *X. de V. S. Non dicitur natus, qui statim decessit.*

§. III.

Patitur regula nostra suas limitationes & exceptiones, *v. g. ratione prioritatis & prælationis*, quæ vel momento temporis inducitur. *cap.* 54. *de R. I. in* 6. Sic testamentum etiam uno velut momento posterius rumpit prius: & contra, instrumentum vel ratione unius horæ dicitur prius altero, eique præfertur. Tiraquell. *d. l. p.* 116. *n.* 7. Ex gemellis, qui vel momento prior natus sit, consequitur privilegium ætatis, seu, ut hodie loquimur, jus primogenituræ, quod, sicut habet Justinus, ordo nascendi & natura ipsa gentibus dedit. Huc pertinet alia exceptio *in inundatione momentaria*, quæ non interrumpit præscriptionem, quia momento temporis non amittitur possessio, licet contrarium obtineat in inundatione alicujus durationis; vide Tiraquell. *d. l. p.* 113. *cas.* 71. Venditor quoque, qui fidem de pretio habuit, quamvis regulariter rei traditione dominium transferat in emptorem, licet is postea non solvendo sit; tamen ex statuto, si statim post rei traditionem, spatio scil. unius diei, vel duorum, trium-

ve aut ad summum quatuor dierum emptor fallat & fugiat, hoc casu dominium rei venditæ penes venditorem permanere censetur. Cothmann. *lib.* 3. *resp.* 40. *n.* 51.

§. IV.

Intuitu autem temporis multa legibus constituta esse apud omnes in confesso est. Sic v. g. quoad expedienda negotia, generaliter diversa sæpe ætas hominum attenditur: Temporis ratio circa actiones humanas habetur. Dum funus effertur, nemo ex heredibus ante certum tempus inquietandus. Ex tempore aliquando delictorum quantitas æstimatur; vide *l.* 16. *§.* 5. *ff. de pœnis.* Præscriptionibus vim tribuit certi temporis lapsus. In judiciis, quantopere tempus observetur, fatalia, termini & dilationes quotidie nos docent. Facto quoque hominum, à quorum arbitrio res morales in principio & duratione pendent, circa tempus negotiorum varie solet disponi; sic, ut alia pure contracta & perpetua sint, alia certum tempus respiciant; hoc enim regulariter cuique pro arbitrio licet adjicere, unde diei contractibus & legatis adjecti habetur ratio, quamvis heredis institutioni diem præscribere juribus nostris nemo possit. Tempus autem vel *differendæ obligationis gratia* adjicitur, ubi exacto demum die cum effectu obligatio incipit; vel *finiendæ & tollendæ obligationis causa*, ubi tempus obligationem perimit & finit, nam subtilitas juris Rom. in *§.* 3. *Inst. de V. O. l.* 44. *§.* 1. *ff. de O. & A. l.* 56. §. 4. *de V. O.* ad contractus verbales solennes tantum pertinet, hodieque prorsus inutilis est.

§. V.

Si ex intentione Legis vel contractus negotium aliquod perpetuum sit, cavillatur, qui momento defungi posse putat. Hinc non consideratur dominii translatio, quæ momento tantum durat: nec momentarius ususfructus dici meretur. *l. ult. §. ult. C. de bon. quæ lib.* nec momentanea solutio liberat. *l.* 55. *ff. de solut.* unde simul patet, supervacuam esse cautelam & consilium quod suggerunt Canonistæ ad *C. debitores X. de jurejur. & C. ad audientiam* 5. *de his qui vi vel metus causa.* eum qui prædoni aliquid jurato promisit, ad tranquillandam conscientiam momentanea solutione debere defungi. Si enim vera subest obligatio in

in promissione vi metuque extorta, non liberabitur debitor momentanea solutione; sin minus, non opus habebit istis ludis.

§. VI.

Si obligatio pure Contracta sit, statim quoque nascitur exactio, h. e. cessit & venit dies §. 2. *Inst. de inutil. stipulat. L.* 118. §. 1. *ff. d. tit. juncta L.* 213. *ff. de V. S.* ut tamen ex humanitate saltem executio nonnihil differatur, modicumque intervallum temporis, judicis arbitrio definiendum, debitori indulgeatur ad solvendum §. *fin. Inst. de inutil. stipulat.* Neque enim cum sacco statim adeundus est debitor *L.* 105. *ff. de solut.* quia & in continenti facta censentur, quæ in termino brevi vel idoneo fieri possunt. vide post alios Brunnem. *ad L.* 21. *ff. de pecun. constit.* Menoch. *de A. I. Q. L.* 2. *cas.* 27. add. Strauch. *Lexico Practic. jur. voce: statim*, ubi τὸ *statim* pro diversitate materiarum, temperamentum quoque variam recipere, infinitis fere testimoniis nos docet.

§. VII.

Si tempus ex conventione negotio sit adjectum differendæ obligationis gratia, tum obligatio (quæ ex die contracta dicitur) *statim quidem nascitur, sed exacto demum die cum effectu esse incipit.* h. e. statim cessit dies, sed nondum venit, §. 2. *Inst. de V. O. L.* 213. *ff. de V. S.* unde inferunt, utut solutum per errorem ante conditionem existentem repeti possit, tamen non æque, solutum ante diem, qui nondum venit, posse condici, quia in debito in diem revera jam debitum subest, saltem actu primo; secus in debito conditionali: id tamen secundum merum Jus naturale non videtur observari, ut recte probat magnus quondam Academiæ hujus Cancellarius Hertius *in not. ad* Puffendorf. *de J. N. & G. lib.* 3. *cap.* 8. §. 3. Cæterum *qui in hujusmodi obligatione vel paulo ante diem petit, plus petere dicitur*; eoque olim causa cadebat, nec post tempus iterum agere poterat, §. 33. *Inst de Act. &* §. 10. *Inst. de Except.* unde in *d.* §. 2. *Inst. de V. O.* Imperator addit: *ac ne quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, fieri potest, quin totus is dies arbitrio solventis tribui debet.* Quod sane in quacunque temporis expressione procedit. Unde quod futuro anno, mense vel futuris nundinis promissum, non prius efficaciter peti potest, quam cum totus annus, mensis, vel

integræ nundinæ fuerint elapsæ; *§. fin. Inst. de inutil. stipulat. l.* 138. *pr. ff h. t.* elapso autem die, statim actio cum effectu instituitur. Hinc lege commissoria emptioni adjecta, certoque tempore præfinito, res fit inempta, etiamsi vel ante horam aut temporis momentum terminus elapsus fuerit, nec venditor emptorem interpellaverit; in debitis enim ex contractu, certoque tempore circumscriptis obtinet, quod dicitur, dies interpellat pro homine. *l.* 4. *§. fin. ff. de L. Commiss. l.* 12. *C. de contrab. stipulat. l.* 2. *C. de Jur. emphyt.* Certo autem tempore non præfinito, emptor prius per interpellationem venditoris in mora est constituendus. vid. *Compend. Jur.* Lauterb. *tit. de Lege commiss. p.* 321.

§. VIII.

In præstationibus autem legalibus, quæ debentur sub Lege caducitatis, minimum tempus non attenditur, sed permittitur debitori, ut per celerem oblationem moram purget. Cujus differentiæ ratio hæc est, quod Leges ferantur & intelligantur cum sensu imbecillitatis humanæ, pacta vero sunt strictæ interpretationis, tum quia purgatio moræ ex æquitate inducta est. *l. si servum ff. de V. O.* Hinc emphyteutæ moram purgare licet, tam in civili quam ecclesiastica emphyteusi. Sam. Stryk. *de purgat. mor. cap.* 4. *n.* 47. Majori quoque, qui juratam transactionem implere distulit, non obstante. *l.* 41. *C. de transact.* ex eadem æquitate, competit exceptio celeris purgationis moræ. Si enim justa causa excusat à mora, per consequentiam etiam excusabit à perjurio, ejusque legali pœna. *l.* 2. *ff. si quis caution. l. ult. ff. qui satisd. cog.* imprimis, cum *d. l.* 41. requiratur, ut ipsa pacti substantia facto aliquo infringatur, & testata voluntate fidei fractæ, de quo tamen nunc non est dicendi locus. Cæterum, quousque moram purgare liceat, varias Doctorum sententias recenset Grave, idemque Judicis arbitrio id relinquendum esse recte asserit *Dissert. de emphyteusi p.* 125.

§. IX.

Si dies lege vel consuetudine sit adjectus negotio, differendæ obligationis gratia, tum paulo ante diem quoque id fieri permittitur. Hinc factum paulo ante tempus vindemiæ & guerræ censetur factum tempore vin-

vindemiæ & guerræ. Jason. *in L. 7. ff. de solut. matrim. n.* 10. Andr. Rauchbar *part. 2. qu. 22. n. 29.* Hinc & fructus civiles, puta annuos reditus, census, decimas &c. qui ad heredes allodiales eo demum casu perveniunt, si vivente vasallo dies solutionis cesserit, aut intra proximos saltem triginta dies, secundum Jus Saxonicum Carpzov. *part. 3. const. 32. def.* 19. 20. ad heredes allodiales quoque ex hereditate perveniunt, si paulo ante diem solutionis vasallus mortuus sit, aut quod eodem recidit, si paulo post tricesimum terminus solutionis cesserit; non enim rigorose tricesimi computatio facienda est. Carpz. *d. l. def.* 21.

§. X.

Si tempus pretio sit adjectum, v. g. si ita res vendita sit, quo pluris est hodie vel certo aliquo die, non attenditur pretium uno momento, vel uno aliquo die, unove forte loco, sed quod durat pluribus diebus; non enim semper nec in omnibus locis una est forma pretiorum, sicut affirmat JCtus *in L. 62. §. 1. ff. ad L. Falcid. Corpora*, inquit, *si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem æstimanda erunt, h. e. secundum præsens pretium, nec quicquam eorum formali pretio æstimandum esse sciendum est. Formale* ibi est statum, certum, cujus eadem ubique semper taxatio est & stata forma, perpetuum pretium; nam & Seneca *lib. 3. benefic. pretium*, ait, *cujusque rei pro tempore est.* Conf. *l. 63. §. ult. ff. d. tit. & l. 3. ff. de eo, quod certo loco.*

§. XI.

Si tempus sit adjectum tollendæ & finiendæ obligationis gratia, tum distinguendum. *Quoties* enim *agitur de iis, quæ juris naturalis sunt, aut Prætorii vel facti, toties dies cœptus non habetur pro completo*, eoque vel minimum tempus attenditur. Exempla sunt in tutela *pr. Inst. quib. mod. tut. fin. l. 74. ff. ad Trebell.* in restitutione in integrum. *l. 3. §. 3. ff. de Minor.* in interponenda appellatione, supplicatione &c. *Auth. hodie C. de appellat. & Auth. quæ supplicatio C. de precib. Imper. offer. Quoties vero de iis agitur, quæ sunt Juris civilis, toties dies cœptus habetur pro completo, eoque minimum temporis non attenditur.* Joach. Hoppius *Comment. ad Inst. pr. quib. mod. tutel. finitur.* Exempla sunt in testa-

Digitized by Google

menti factione. *l.* 5. *ff. qui testam. fac. poss. l* 4. *C. eod.* in manumissionibus. *l.* 1. *ff. de manumiss.* in honoribus. *l.* 74. *in fin. ff. ad Trebell. l.* 8. *ff. de muner.* in usucapione. *l.* 6. *&* 7. *ff. de usucap. l.* 15. *pr. de divers. & temp.* add. *l.* 16. *fin. ff. de fundo dotal.* ubi paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem non attenduntur. In temporalibus autem actionibus & præscriptionibus, quibus solus lapsus temporis respicitur, nisi novissimus dies compleatur, non finit obligationem. *l.* 6. *de O. & A.* Struv. *Exerc.* 46. §. 32.

§. XII.

Tempus absentiæ expirat, aliquo domum reverso. Sed quia non statim, quando quis ex equo descendit, potest adire judicem; ideo modicum aliquod temporis spatium eidem ulterius concedendum, intra quod res suas componere, & cum Advocato deliberare possit, idque adhuc pro absentia computatur. Manzius *ad tit. ff. ex quib. caus. maj. n.* 221. Et hoc totum iterum, ut supra *cap.* 1. §. 10. diximus, arbitrio Judicis committendum, qui qualitatem personæ & facti considerare debet. Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. Jud. quæst. cas.* 33. unde etiam infert cum Bartolo Brunnem. *ad. l.* 15. *ff. ex quib. caus. maj. n.* 6. abesse aliquem videri, non solum statim, ac domum, unde abfuturus est, egreditur, sed etiam antea, per modicum saltem tempus, quo se præparat. conf. Cothman. *vol.* 2. *resp.* 58. *n.* 88. Mauritius *de restitut. c.* 359. *in A.*

CAPITIS II.

SECTIO III.

De accessoriis & incidenter emergentibus, quatenus pro minimis reputantur.

SUMMARIA.

1. *Accessoria quid? late, stricte.*
2. *Sunt vel inseparabilia;*
3. *Vel separabilia.*

4. Pr

4. *Per se considerantur.*
5. *Quæ accessoria reguntur jure sui Principalis.* **Exempla.**
6. *Alia exempla.*
7. *Regula de pertinentiis.*

§. I.

ACcessoria & accessiones *latissime* dicuntur de personis & rebus, quæ quacunque ratione aliæ rei accedunt, v. g. de dote, tum de fidejussore comite, assecla & ministro. Cicero *in Verr. Is suo labore suisque accessionibus hujus negotii &c.* Valer. *lib. 5. cap. 7. Nec accessio gloriosæ illius pompæ, sed autor spectatus est.* adde *l. 91. §. 4. ff. de V. O. l. 44. §. penult. de O. & A. l. 43. de solut. l. 32. & l. 71. de fidejussor.* Tum quoque de emolumentis, quæ ex re vel occasione rei percipiuntur, aut saltem percipi poterant; vide *Rubr. tit. ff. de usuris & fruct. & caus. & omn. accession.* quæ tamen in Judiciis maxime singularibus non semper accessionis vicem habent; in iis enim fructus ante litem contestatam perceptos Judex non adjudicat, nisi fuerint petiti. *l. 10. ff. de usur. Stricte* autem & *proprie* sunt, quæ per se non consistunt, sed aliis rebus pro arbitrio, accessionis vice accedunt & adjunguntur, ex quibus deinceps in negotiis humanis passim quoque esse suum & durationem accipiunt.

§. II.

Ex his alia ab initio quidem arbitraria accessione adjunguntur, postea vero, vel lege, vel natura sua accessoria necessaria & inseparabilia fiunt, uti peculium est accessorium servi, §. 20. *Inst. de Legat.* textura accessorium vestimenti §. 26. *Inst. de R. D.* Hæc quia à re principali prorsus informantur & absorbentur, hinc quoties cum re principali veniunt, hac extincta, illa quoque per se & separatim haud debentur. §. 17. *Inst. de Legat.* Huc etiam in Legibus refertur instrumentum, quod paterfamilias agriculturæ causa in fundo habet; id enim saltem in materia fundi cum instrumento legati adeo necessarium est accessorium, ut non nisi cum fundo, separatim autem non debeatur, maxime si sub formula *cum instrumento* legatum sit conceptum; vide *l. 5. ff. de instruct. vel instrum. leg.* quamvis nec una eademque veterum JCtorum in hoc opinio fuerit, quod patet ex *pr. d. l. 5. junct. l. 1. d. tit.* Sed hæc proprie non sunt hujus loci.

§. III.

§. III.

Alia, quæ ad nos propius spectant, separabilia sunt, eaque vel 1.) *ex lege & consuetudine* accessoria, de quibus vid. Speidel. *in Specul. voce: Pertinentz.* Besold. *in Thesaur. pract. continuat. voce:* Nagelvest, *& voce:* Zugehör; vel 2.) *ex destinatione patrisfam.* in actum aliquem deducta, *l. 60. pr. ff. de V. S. l. 24. §. 2. de Legat. 1. l. 91. §. 3. de Legat. 3. l. 17. §. 5. l. 10. de act. empti vend.* quæ scil. ad perpetuum rei alicujus usum destinata, & in illa collocata, v. g. per insertionem, inclusionem &c. vid. Lauterbach. *Comp. Jur. p. 361. seqq.* Hæc in specie quoque *pertinentiæ* vocantur: Quorsum seposita destinatione patrisfamilias cohærentia per se non spectant. *l. 245. ff. de V. S.* multo minus quæ sunt diversa à re principali. Berlich. *part. 3. decis. 191. n. 26.* Regulariter enim, uti nulla res per se accessoria est, sed facto & destinatione; Alex. *cons. 70. n. 1. vol. 3.* Cravetta *cons. 293. n. 4.* Roland. à Valle *consil. 2. n. 2. lib. 3.* Regner. Sixtin. *de Regal. lib. 1. cap. 5. n. 93.* Besold. *part. 4. consil. 180. n. 12.* ita quoque res aliqua pertinentias habere non præsumitur. Brunnem. *consil. 126. n. 53. seq.* Unde corruit glossa *ad l. 3. ff. de Constit. Princ.* ubi: *si princeps*, ait, *concessit domum, adjacentia quoque concessisse videtur. arg. l. 3. ff. & l. subs. de pen. leg.* Certe argumentum *ex LL. cit.* valde leve est, nec aliud quid inde evincitur, quam accessoria cum principalibus transire; ast adjacentia omnia subito pro accessoriis esse habenda, dictæ Leges non definiunt; nec *ex l. 3. ff. de Constit. Princ.* glossæ præsidium accedit; illa enim regula, quæ in *d. l.* continetur, sane ad non cogitata, & quæ nulla ratione rei accessoria sunt, non est extendenda, ne voluntati Principis vim facere potius, quam eam interpretari videamur; vid. Thomasius *in peculiari ad d. L. Dissertatione.* Denique 3.) accessoria vocantur, quæ ex *Lege venditionis*, & pro arbitrio contrahentium, rei venditæ accedunt, nulla antecedanea & perpetua destinatione patrisfam. was noch in den Kauff gehet; unde nec pertinentiarum nomine veniunt. Hujusmodi autem exempla habemus *in l. 34. & l. 60. ff. de contrah. empt. vendit.*

§. IV.

Accessoria *per se* quidem nec pro rebus minimis nec maximis indistincte haberi possunt; *relative* tamen semper minora sunt re principali,

pali, si non ratione pretii & valoris, saltem ratione magnitudinis, eoque non inepte à Doctoribus, & in Legibus etiam minima vocantur. vide *l. 22. l. 24. ff. de contrah. empt. l. 26. ff. de A. R. D.* Cothman. *vol. 3. resp. 32. n. 19.* Hinc per se & separatim in dominio sunt: per se & separatim tractari possunt, & quibuscunque modis transferri. Gail. *lib. 1. de pace publ. cap. 6. n. 29.* Mev. *part. 5. dec. 276. n. 3.* Brunnem. *consil. 162. n. 53.* & alienæ rei tanquam principali de novo iterum adjungi, Mev. *d. l.* sive remota sint, sive proxima & adjacentia. Richter. *part. 4. cap. 23. n. 15.* Menoch. *de præsumt. lib. 3. præsumt. 99. n. 8. & seqq.* sive cohæreant, sive separari possint. *l. 17. pr. & §. 2. de act. empt. vendit. l. 245. de V. S.* cujuscunque demum sint pretii & valoris; ex pretio enim pertinentiæ unice non dijudicantur. *l. 34. pr. ff. de contrab. empt.* Berlich. *part. 3. decis. 191. n. 36.*

§. V.

Quatenus vero accessionis vicem obtinent, eatenus per se non attenduntur, sed sequuntur naturam sui principalis, ejusque jure diriguntur. l. 86. §. 1. de Legat. 2. l. 91. §. 3. de Legat. 3. Mev. *part. 2. dec. 196. n. 3.* Nam pars accedens præsumitur esse ejus naturæ, cujus principale est. Wesenbec. *consil. 4. n. 70.* Gryphiander. *de insulis cap. 26. n. 35.* Quod etiam verum est in rebus per se alienari prohibitis, quæ in consequentiam & tanquam accessoriæ alterius rei alienari non prohibentur, v. g. *res sacra, religiosæ, ecclesiastica.* Hanc in rem cardinales sunt Leges *22. 23. & 24. ff. de contrab. empt.* quas hoc loco inferere haud incongruum videtur. *l. 22. Hanc Legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum, si omne religiosum vel sacrum, vel publicum venierit, nullam esse emptionem.* Lex 23. ita habet: *Et quod solverit eo nomine emptor, condicere potest.* Lex 24. *In modicis autem ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit.* Ait Lex: *hanc Legem* & exceptionem venditioni adjectam: *si quid sacri aut religiosi est, ejus nihil venit, supervacuam non esse,* quod tamen videbatur, quia res sacræ & religiosæ jam sua natura extra commercium sunt positæ. Addit rationem: *sed ad modica loca pertinere,* h. e. efficacem esse in sacris & religiosis accessoriis, quæ hic signatis verbis

non semel *modica* vocantur. Nam quamvis, pergit Lex, *si omne religiosum vel sacrum, vel publicum venierit, nulla sit emptio*, (si per se scil. & separatim venierit, tanquam principale,) eoque nomine emptori condictio competat, ejus quod solvit, ut addit *l. 22.* tamen, si tanquam accessoria alius rei considerentur, quæ non est extra commercium, *in modicis*, ait *Lex 24.* tum vendi possunt; ait Lex, *ex empto esse actionem*, quod denuo confirmat, *quia non specialiter*, h. e. per se & principaliter, *locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit.*

§. VI.

Hinc, quamvis & Jus Patronatus vendi per se non possit, potest tamen tanquam accessorium & per universitatem bonorum *cap. 13. X. de Jure Patronat.* Argumento *dd. LL.* id quoque colligimus, prohibitionem cessionis rei litigiosæ, non spectare ad alienationem, quæ fit per universitatem, seu quando res litigiosa in consequentiam prædii, tanquam accessoria venit. Pone, litigiosum esse jus venandi prædio inhærens, quamvis ipsum per se & principaliter vendi nequeat, propter vitium litigiosi, non tamen propterea prohibetur dominus ipsum prædium alienare, in cujus consequentiam & accessionis vice etiam Jus venationis, utut litigiosum transfertur. *arg. l. 1. pr. ff. de pen. leg.* Mev. *part. 2. dec. 196. n. 3. & part. 7. dec. 373. n. 2.*

§. VII.

Accessoria, quæ talia sunt ex lege vel destinatione patrisfamilias, quæ *pertinentiæ* speciatim vocantur, ex contractu perfecto debentur, etiamsi in eo illorum nulla facta fuerit mentio, aut venditor forte aliud senserit, Carpz. *part. 2. const. 33. def. 20. n. 6.* quia tanquam pars rei considerantur, & in omni conventione tacite comprehenduntur, nisi expresse fuerint excepta. Mev. *part. 2. dec. 196. n. 4. & part. 7. dec. 373. n. 3.* Quæ vero ex Lege venditionis arbitrarie sunt adjecta, qualia exempla sunt *in L. 34. & 60. ff. de contrah. empt.* illa non debentur nisi expressa fuerint, & si error in his commissus sit, aliterque emptor aliter venditor senserit, emptio propterea non vitiatur, sed illud regulariter debetur, de quo venditor sensit. *l. 34. pr. l. 60. ff. de Contract. empt.* Bachov. *vol. 1. disp. 6. th. ult. lit. e.* Lauterbach, *Comp. Jur.*

Jur. tit. de contrah. empt. p. 314, *ibique allegati.* Huic enim nihil imputandum, quia talia accessoria proprie non pertinent ad rem venditam, unde si ea, cum re principali, vendita voluisset emptor, debuisset clarius loqui. Ergo adversus emptorem in dubio est pronunciandum, nisi velit probare, id quod accessionis vice petit, proprie esse rei principalis partem, seu ad pertinentias referendum. Mev. *part.* 7. *dec.* 373. *n.* 4. Cui non obstant *l.* 39. *ff. de pact. l* 21. 33. *ff de contrah. empt.* in quibus dicitur interpretationem contra venditorem esse faciendam; loquuntur enim de interpretandis verbis dubiis, non de mente contrahentium dubia, seu errore circa accessoria commisso.

§. VIII.

Accessoria *analogice* sunt, quæ alias *incidenter emergentia* vocantur, quæ, ut Baldus loquitur, modicum ad causam conferunt. Hæc autem plerumque fere, & quatenus incidentia sunt, per se non attenduntur, sed ex causa dijudicantur principali. Hinc sane est, quod ex confessione incidenter, & per quandam consequentiam facta, & non principaliter, non animo deliberato, nemo condemnari possit. Idem dicendum de confessione quæ facta est ob spem præmii, impunitatis promissionem, persuasiones subdolas. *arg. l.* 5. *C. de Apostat. l.* 1. §. 3. *de serv. corrupt. l.* 3. §. 5. *ff. de hom. liber. exhib.* Bardili *exercit.* 19. *concl.* 23. *ibique allegati*; Hinc Judex ordinarius de testamenti viribus cognoscens, simul quoque de causa status incidenter pronunciat, quamvis ejus rei cognitio alioquin ad eum non pertineat. *l.* 1. *C. de ordin. Judic.* Hinc est quod Judex civilium causarum, licet non habet imperium, nec directo de causis criminalibus cognoscere potest, tamen, si causa criminalis incidenter accedat causæ civili, de qua cognoscit principaliter, tum de illa quoque incidenter judicare possit. *l. nullum C. de testibus.* Et vice versa Judex criminalis, quamvis principaliter de causa civili judicare non possit; *l. solemus* 61. §. *latrunculator* 1. *ff. de Judic. l.* 1. §. *ult. & l. quod dicimus* 7. *pr. ff. de autor. tutor.* potest tamen incidenter de ea cognoscere. *l. interdum* 56. *qui furem ff. de furt.* ubi cum Judex criminalis cognoscit principaliter de furto criminaliter, poterit etiam ultra pœnam furti incidenter judicare de restitutione rei ablatæ. Item cum Judex principaliter de terminis motis

adeoque criminaliter cognoſcit, tunc etiam incidenter ſimul de finibus civiliter cognoſcere poteſt. *l.* 4. §. 4. *ff. fin. regund. add. l.* 3. *&* 4. *C. de ordin. Judic. l.* 6. *ff. de publ. Judic.* Hinc licet cauſa dotis principaliter pertineat ad Judicem ſecularem; *l. motus* 73. §. 1. *l.* 46. §. 1. *ff. de Jur. dot. l.* 29. *l.* 30. *C. eod.* poteſt tamen Judex eccleſiaſticus de dote incidenter cognoſcere, cum videlicet ea incidit in cauſam matrimonii, de qua principaliter cognoſcit. *cap.* 3. *X. de donat. inter vir & uxor.* Hinc porro eſt, quod Judex ſecularis incidenter de exceptione privilegii Pontificalis, vel matrimonii cognoſcere poſſit, non quidem ad finem dijudicandi, utrum v. g. matrimonium validum ſit nec ne; ſed eum in finem, ut de delicto, in quod inquirit, certior fiat, eoque intelligat, an neglecta exceptione ſibi facta ad punitionem delicti procedere poſſit. Cothman. *vol.* 3. *reſp.* 32. *n.* 21. *cum allegatis.* Ex eadem denique ratione Judex quoque delegatus non ſolum de cauſa nominatim ſibi commiſſa, ſed & de alia, quæ incidenter advenit, cognoſcere poteſt. *l. ult. in fin. C. ubi & ap. quos. C. cauſa X. de in integr. reſtit.*

§. IX.

Ex his cauſis incidentibus *præjudiciales* quæ dicuntur, cauſam principalem tantiſper excludunt & differunt, donec fuerint præjudicatæ, unde & præjudiciales vocantur v. g. ſi aliquis ex teſtamento conveniatur & reus excipiat, teſtatorem non fuiſſe juſtæ ætatis; vel non fuiſſe liberum hominem, hic ſane cauſa incidens, principali præjudicium facit, eoque ſepoſita principali, præjudicanda. conf. *l.* 15. 16. 19. 21. *ff. de except. præſcr. & præjud.* Huc etiam pertinet cauſa criminalis incidens in civilem. *l.* 4. *C. de ordin. Judic. l.* 37. *ff. de Judic. l.* 5. §. 1. *ff. de vi publ.* ubi aperte dicitur, prius cognoſcendum eſſe de vi, quam de poſſeſſione. *Poſſeſſione* inquam, i. e. de proprietate rei, nam ita vox iſta accipienda eſt in *dd. LL.* quod etiam concordat *Legi interdum* 78. *ff. de V. S.* Equidem Jure Pandectarum, ſi mulier actionem rerum amotarum inſtituiſſet; ob adulterii crimen, quo à marito poſtulata eſt, ejus actio civilis non differebatur, ut docet *L.* 27. *ff. rerum amotar. Rerum amotarum*, inquit, *actio ob adulterii crimen, quo mulier poſtulata eſt, non differtur.* ſcil. quia criminalis actio nihil præjudicat civili rerum amotarum: quorſum etiam collineare videtur *L.* 3. *C. de ordin.*

ordin. Judic. Verum Theodosii M. constitutione in *L. 33. C. ad L. Jul. de adult.* id mutatum, sic ut neque dotis actio neque rerum amotarum neque alia quæcunque morari possit accusationem adulterii; sed ut judicetur prius crimen, & postea de dote debitoque quæratur, quo ipso abrogata est *d. l. 27. rerum amotar.* id enim hæc verba clare ostendunt: *Præscriptiones civiles, quæ occurrere atque perstrepere*, seu obstrepere *examini consueverunt, sequestrari oportere.*

§. X.

His, quæ dicta sunt, non adversantur *l. 1. C. de Appellat. & l. 7. C. ad L. Jul. de vi publ.* quod cum Cujacio Hottomannus aliique volunt. Imo illud ipsum *d. l. 7.* aperte constituitur, violentiæ causam primario & principe loco examinandam esse, ad possessionem videlicet fundandam; mox de possessione, i. e. de proprietate rei (nam ita hæc vox iterum accipienda) cognoscendum: pœna tantum seu pœnæ modus ad vindicandam disciplinam publicam in ultimum locum differtur, post exitum Judicii de proprietate. Quare tria quodammodo Judicia hac parte observantur. Primum est de vi, seu violentiæ crimen, post quod illico & per consequens sequitur possessionis reformatio. Secundum Judicium est proprietatis. Tandem sequitur pœna seu vindicta publica. In *L.* autem *1. C. de Appellat.* notandum: *Primo crimen violentiæ excutere*, & *de possessione pronunciare* idem esse; *Secundo* vocem *ita* non successive verum ut consequens accipiendam. Idemque adeo sensisse Imperatores & JCtos, de vi seu possessione quæri prius semper oportere, quam de proprietate. Plura cumulare supersedeo; hæc enim pro specimine Academico breviter & velut per indicem dixisse sufficiat.

Dissertatio de Formis Procuratoriis, Præside NICOLAO CHRISTOPHORO LYNCKERO *JCto, Hereditario in Flurstadt & Kœtschau, Consiliario Saxo-Vinariensi intimo, Antecessore atque Curiæ Provincialis Assessore primario, Auctor* JOH. GEORG. GOELGEL *Ratisb. Jenæ Mense Januar.* 1694.

INTROITUS.

NOn utique existimandum est, difficilia in his duntaxat reperiri, quæ à Fori strepitu remota sunt; quasi hæc ad contemplationem propius reducantur. Nam sicut ipsa illa denuo ad Fori usum reverti oportet: ita cum forensia, per innumeras circumstantiarum mutationes, & majori etiam nisu ingeniorum, agitari soleant; ideo quotidie novas in his suboriri difficultates videas. Quinimo in difficilibus illis, quæ composita videri possent, contentiones variarum opinionum non desinunt, usquedum decisione Principum vel Statutis altera earum recepta fuerit; quod quidem paucissimis accidit. Interea in reliquis omnino eluctari non licet, nisi his qui Juris solidis doctrinis innutriti sunt; de quibus sublimis ille Senatus Sabaudici Præses, Anton. Faber *in Rational. ad l.* 17. §. 4. *de Pactis: Mirum* ait, *quam confidenter liceat jura tractare iis, quos principia Juris recte cognita errare non patiuntur.* Et quanquam ea, quæ ad seriem Processus Fori pertinent, citius Judicia Decretis suis, eorumque Principes Ordinationibus, definiant; non tamen omnia ex his definire licet, quo minus sæpe ad Romani ac Canonici Juris fontes, inexhaustos quidem, sed non usque diductos, confugere eorum interpretes oporteat; quorum quidem dissensiones earumque causas nemo non novit, nec tamen ex eisdem emergere omnibus concessum est. Nobis equidem, ut experimentum studii legalis faceremus, ad articulum, frequenti usu tritum satis, sed nec ita discussum, ut non plurima in eo difficilia deprehendere liceat, convertere animum placuit: Formas scilicet procuratorias, quæ sicut ad substantiam Judiciorum pertinent: ita nec in eis adeo sibi Judices ipsi fidunt, perspicacissimi licet,

licet, ut potius necesse habeant, eas protinus adversæ partis discussioni committere. Unde nec recipitur ad Acta Mandatum procuratorium, nisi prius Parti communicatum sit; uti servat Usus Judiciorum, & Mevius notat 141. *dec.* 3. Plane ut Carpzovius alicubi hoc examen (*tit.* 21. *Proc. art.* 2. *n.* 17.) *de Apicibus Juris* esse, asseruerit.

CAPUT I.

Quid Forma? Quis Procurator?

SUMMARIA.

1. *Formas communi vel legali sensu accipi; inde formulas.*
2. *Frequentiorem Juris partem formulis instructam fuisse.*
3. *Adhuc superesse formulas. Inde Formularios & Cautores etiamnum dici posse JCtos: & de Formularibus. Quid discriminis inter Formam & Formulam haberi queat?*
4. *Procuratoris nomen amplissimum esse. Hic referri ad eum, qui mandato jussuve præditus est.*
5. *Tales etiam esse Syndicos: (& quando Universitas absque Syndico stare possit in Judicio?) item Administratores publicos.*
6. *Actores quoque, item Executores Testamentarios.*
7. *Hos omnes Mandato, Syndicatu, Actorio &c. opus habere. Et quid si falsus Procurator causam egerit? An is quem refert, & quando, cum ratihabitione audiatur?*
8. *Extensum requiri Mandatum, nisi judiciale sit: & an cum Procuratorio admitti possit Syndicus?*
9. *Non minus huc Procuratorem in rem suam pertinere.*

§. I.

Est autem Forma, ultra usum communem porrecta, vox quoque Philosophorum: & quas Græci Ἰδέας, eas Cicero *in Topicis Formas* appellat. Nam & exempla, ad quæ res concinnantur, Formas dicimus; qualis Forma calcei est Ulpiano *l.* 5. §. 3. *ad L. Aquil.* & *l.* 13. §. 4. *locat. Cond.* atque hinc prope ad nostrum usum pervenire licet. Nam *in Legibus* quidem communis etiam acceptio

ceptio Formæ pro modo & ratione, v.c. contractus, occurrit; *l. 7. §. 3. solut. matr. l. 52. de V.O. l. 7. §. 15. l. 42. de pact. l. 22. de Minorib. l. 31. de admin. tut. proprius* tamen *Juri*, (ut & suo modo Oratoribus,) est significatus, quo denotat *verba* quædam *certa* sive *concepta* & *solennia*, ut Foro ex præscripto adhibenda: Cujus diminutivum, Formulæ, antehac, ubi strictiores erant, usurpatum, nunc fere, quando ad longiores sive prolixas quoque deventum est, ac ad rem potius, quam ad immutabilem verborum stricturam, respicimus, usui suo non adeo, ut ipsa *Forma*, congruit. Interea idem esto, *formula* & *verbalis forma*: Gothofr. *ad l. 2. C. de formul. subl.* indeque *formare* actionem est *in l. 7. §. 5. de pact. l. 15. d. N.G.* & *Formula* pro actione in *l. 42. de furt.* Formula *fam. erc. C. Div. ap.* Ulpian. *tit. 19. & 25.* & Paul. 3. *rec. sent. tit. 3.* Sub quibus Formulis (*à Prætore expressis*, ut loquitur Cicero *pro Q. Roscio cap. 8.*) judicabat Judex Pedaneus.

§. II.

Nec tamen solum formulæ *Actionum* fuerant, sed ut idem Cicero *d. l. Sunt jura, sunt formulæ, de omnibus rebus constitutæ.* Adeo ut frequentior Legalis studii pars in earum doctrina verteretur; indeque totius vicem in *l. ult. C. Th. de Stud. liberal. Urb. Rom.* sortitæ fuerint. *ibi*: *Formulas Juris ac Legum qui pandat*, pro quo *in Cod. Justin.* non opus habebat *Tribonianus* substituere: *Voluntates* Legum, nisi quod indignum suis temporibus censuerit à Formularum nomine dignitatem Jurisprudentiæ reputare. Etenim in *l. 1. C. de formul. & impetrat. sublat.* quæ pars est prolixæ Constit. *Theodosii Jun.* (nec enim hoc à Constantino aut Constantio susceptum esse, vult Jacobus Gothofr. *ad eund. tit. C. Theod.* nisi quod Tribonianus ad initia rei, nil detracturus *Curæ posteriori Theodosianæ*, respexisse potuerit,) antiquatas reperimus veteres & *scrupulosas* non modo *Actionum*, sed & *Emancipationum*, *Arrogationum*, *Nuptiarum*, *Dotium dicendarum*, *Largitionum sponsalitiarum*, *Donationum*, *Institutionum hæredum*, *substitutionum*, *Legatorum*, *Denunciationum*, *Cessionum*, *Stipulationum*, *Fidejussionum*, *&c.* formas & formulas, (vid. Jacob. Goth. *ibid.*) ut qualiacunque jam verba & qualescunque ritus in his actibus denuo sufficerent.

§. III.

§. III.

Nimirum per Formulam non utique causa nunc actuque cadit, qui non eam, quæ *Syllabarum aucupatione* partibus *insidiabatur*, *d. l.* 1. *C. de formul.* adhibet. *Rem ipsam* tamen & *Fori decus* adhuc servare oportet. Ac proinde etiamnum *Jurisconsulti* non desiere esse *Formularii*: quos à concipiendo formulas sic appellat. Quintilianus *lib.* 12. *Inst. Orat. cap.* 13. *in fin.* quod ipsorum scil. fuerat; vid. Valer. Max. *lib.* 8. *cap.* 2. & nunc est non minus suo modo: cum oporteat inter alia Jurisconsultum esse *cavendi peritum*; ut Cicero exigit, indeque eum *Formularum Cautorem* in *I. de Oratore c.* 55. appellat; non etiam, quod *festive* dixisse Ciceronem habet Lexicon Buchnerianum, Formularum Cantorem. Nam & Cautor alieni periculi apud ipsum Cicer. *pro Sexto c.* 7. legitur: & ap. Plaut. *in Capt. act.* 2. *sc.* 2. *Qui cavet, ne decipiatur, vix cavet, cum etiam cavet, etiam cum cavisse ratus est, sæpe is cautor captus est.* Hinc tot Formularia, quæ inter celebre est, ex medio ævo, Marculphi, cum Capitularibus Regum Fr. denuo per Baluzium editum, item Formularia *in Ecclesiasticis*; quale prodidit in suis *de Abbatib.* Comment. Tamburinius, cum *al.* Formulare Commissionum Rulandi: & cum Notarii hanc *à* JCtis industriam mutuentur, Volckmanni, qui sua pleraque Berlichio debet, Herzogii, Saueri, sicut à Collegiis, quibus assident, *Secretarii*; indeque non *Legulejis* illa, ut minutis tribunalium asseclis, sed reconditæ & robustæ Jurium Doctrinæ acceptò ferendæ sunt. Quare nos inpræsentiarum eas tantum formas sive formulas, (nisi quod *formarum* nomine matrices, *Formularum* vero, Conceptionum individua, quæ ad istas exprimere oportet, intelligere liceat,) exequemur, quales circa eos qui *Procurationem* alieni negotii suscipere solent, occurrunt.

§. IV.

Equidem Procurator, quasi *pro alio*, maxime Domino, *Curator*, *l.* 1. *pr.* de *Procur.* ambigue dicitur; etiam is, qui *extra judicium* aliena negotia administrat: adeo ut *negotiorum gestorem* quoque contineat. *l.* 2. *d. N. G. l.* 58. *de solut.* item *defensorem*; qui uterque *citra Mandatum*, & *defensor* quidem (*l.* 33. §. 2. *de Procur.*) *in judicio tantum*, at-

que *solum Rei*-causam agit. *c*. 8. §. *quisquis I*. q. 3. C. j. A. *th*. 2. *de Procur*. Carpzov. *in Proc. tit*. 5. *art*. 1. *n*. 1. 2. Hic vero non nisi eum Procuratorem intelligimus, qui ad *formam Mandati* jussusve & imperii, respicit; *d. l*. 1. *pr. de Procur*. nec tamen *litis* solum, *l*. 86. *de solut*. sive *ad litem*, *l*. 66. §. 2. *de evict*. idque vel *ad actionem*, *l*. 14. *de pact*. vel *exceptionem* pro Reo, qui & hinc *defensor* ipse dicitur, *l*. 11. §. 7. *de exc. rei jud*. quanquam & *actoris* procurator eo nomine defensoris quandoque veniat. *d*. §. 7. *l*. 33. §. 3. *l*. 43. §. 4. *de Procurat*. (proprie autem defensor est, qui sine mandato reum defendit, *l. un. in fin. C. de satisd*.) verum etiam ad negotia *extra judicium* gerenda; (quem frequentius *mandatarium* appellamus,) idque ob confinia & communia utriusque Procurationis.

§. V.

Igitur *Syndicos* hic etiam spectamus, qui litem (*δίκην*) *universitatis* suscipiunt, *l*. 1. §. 1. *quod cujusque Univ. nom*. quales & *ibidem Actores & alibi Defensores Universitatis* appellantur. Per Syndicum enim (unum vel plures,) qui *vice Procuratoris* fungitur, *l*. 6. §. *f d. t*. & non modo *Jure Civ*. nomine *Procuratoris Reip*. *l*. 30. *C. de Decur*. sed & *Jur. Can*. passim voce *Procuratoris* venit. *c*. 7. 9. *x. de Procur*. Universitas ideo causas suas tractare necesse habet, ne defensio ejus vel actio, in plures scissa, adversarium in commodo afficiat: Carpz. *l*. 13. 5. & 3. *t*. 1. *resp*. 41. *n*. 3. item 1. *dec*. 26. & 3. *dec*. 250. *n*. 9. 11. quanquam hoc non absolute & simpliciter; (ut Bruningius *de Univ. n*. 91.) quin potius si pars adversa, ut per Syndicum agatur, non urserit, neque judex id injunxerit, ex officio non poterit nullum dici, quod integra Universitas, præsertim si tenuior sit, in judicio peragit; vid. *l*. 5. §. 7. *jud. solv*. Mastrill. *dec*. 108. *n*. 26. Rauchb. *part*. 2. *qu*. 1. sicuti judicior. usu satis constat. Nec minus huc referimus *Administratores* Reip. vel Universitatis, qui pecuniæ illius & aliis extra judicia negotiis præfecti sunt: quales etiam Procuratores Universitatis dicuntur, distincti à Syndicis. *l*. 1 *x*. *C. de Procur*.

§. VI.

Sic & *Actores* huc pertinent alii, qui scil. ab his constituuntur, qui dominium causæ vel rei non habent; idque eorum, non etiam Domi-

Dominorum, *periculo. Dd. ad* §. 6. *Inst. de Curat.* puta à *Tutoribus* vel *Curatoribus.* (*d. l.* 11. *C.*) *Administratoribus*, *Præfectis*, ipsisque *Syndicis*. Inde Actorn, Syndicen, Vormunden, Curatorn, des verordneten Fiscals, der Kirchen-Vorsteher, Titii, wegen des ihm anbefohlenen Amts, Caji, Verwalters zu N. 2c. ChF. S. Pr. O. *tit.* 9. §. 2. Similiter à *Prælatis* & *Episcopis*. Qui tamen non modo *Actorem*, & cum Conventu seu Capitulo *Syndicum*, sed & *Procuratorem*, constituere possunt: *c.* 9. *x. de Procur.* quoniam *suo jure* utuntur fructibus Prælaturæ & Episcopatus, eosque suos faciunt; aliter ac in Tutoribus v. c. obtinet. Denique *Executores Testamentarii* vel *ult. voluntatis*, quamvis alios substituere nequeant; possunt tamen per *Actores*, vel si Collegium aut Corpus fuerit, per *Syndicos*, comparere in Judicio.

§. VII.

Omnes illi *Mandato*, v. *l.* 24. *C. de Procur. c.* 1. *x. eod.* *Syndicatu*, Carpzov. *t.* 5. *P. a.* 4 *n* 20. Mynf. II. *obs.* 76. *Actorio*, *aliove* simili documento, indigent, quo adversarium de Judicio ejusve eventu securum reddant. Quapropter in Camera Imperiali, qui *sine mandato* experiri vult, arbitrarie, C. G. O. *part.* 1. *tit.* 20. *in fin.* & *in Elector. Saxon.* da die Advocaten die Mandata, Syndicata, Curatoria oder Tutoria alsbald mit dem ersten Satz einzugeben verbunden seynd, si id non fiat, prima vice in 5. thal. altera in 10. punitur; ChF. S. Pr. O. *tit.* 7. §. Es soll. *&* §. Und der *Advocat.* neque sine mandato admittitur, ungeachtet ob er gleich cautionem de rato bestellen, und Versicherung machen wolte, daß der Principal seine, des Vertreters, Handlung genehm halten würde. *d.* §. Es soll. Quanquam alibi audiatur Procurator ordinarius, si de rato & mandato, in proximo term. producendo, caveat. Imo si quis *in Elector. Sax.* Judicio sine mandato einbringet, wanns gleich vom Gegentheil nicht gefochten würde, rejicitur illud aus Richterlichem Amt, & punitur Advocatus. *d. l.* Carpz. 1. 1. 26. Cum utique Judici incumbat, providere, ne judicium substantia careat; indeque elusorium fiat. Quid tamen si Procurator *falsus*, (qui tamen non protinus est *falsarius*, Deckherr. *in Relat. Cam.* 19. *n.* 35.) absque mandato, saltem sufficiente, *admissus* esset, ac processum continuasset? Equidem *Exceptio Procuratoria*, si ante Lit. contest.

opponatur, repellit adversarium, & sic *dilatoria* est: *l.* 24. *C. de Procur. l.* 3. *de Except.* Carpz. 1. 11. 15. Mev. *part.* 6. *dec.* 139. & tamen quia totum Judicium perimere valet, ac *nullitatem insanabilem* arguit; (unde & *peremptoriam* habere solent, Anton. Faber 2. *C. S. t.* 8. *d.* 9.) Ideo illa *in omni parte Judicii*, *l.* 24. *C. de Procur.* imo etiam *post sententiam.* Anton. Faber 8. *C. S.* 23. *d.* 40. & in *ipsa executione*, locum invenit. Gail. *part.* 2. *obs.* 107. *n.* 4. Berlich. *part.* 1. *concl.* 14. *n.* 12. adeo ut quamvis exceptio: *deficere mandatum* per Judicem *rejecta*, nec ab hac rejectione appellatum sit; tamen adhuc exceptio illa denuo in *Appellationis instantia* objici queat. Brunnem. *ad l.* 13. *C. de Procur.* (saltem quando de *cautione rati* opponere quid *defensori*, *l.* 40. §. 3. *de Procur.* ut & circa *habilitatem* Procuratoris, & ipsum adeo *constitutum*, v. c. quod miles sit, *l.* 13. *C. de Procur.* quid movere adversarius neglexerit, ulterius post Litis Contest. non audiatur. *d. l.* 40. §. 3. & *L.* 13. *C.* & *ad illam*; Brunnem. item Mevius *IV. ad Jus Lub. p.* 110. & 114. ubi, quod *adversus personam* Procuratoris, lite jam contestata non possit excipi; possit *adversus Mandatum* ejus. Interim adhuc in arbitrio ejus est, cujus personam refert ille Procurator, *antequam definitive* pronuncietur, (quia tunc, an profuturus sit Processus ratificanti nec ne, illi cognitum esse non potest,) gesta ab eo, vel neglecta, *ratificare*; (nam *ita* ea omnia in judicium deduxisse censetur Procurator, vid. *l.* 56. *de Judic.*) sive adversarius *exceperit* antea adversus Procuratorem illum, *sive non.* Mynf. I. *obs.* 44. Sed *post sententiam definitivam* (ubi hæret Mynf. *d. l.*) *distinguendum* est, ut si adversarius *exceperit* ante, aut nunc *excipiat*, adversus gesta falsi Procuratoris: *non* possit cum *ratificatione* (quæ nunc, *in præjudicium adversarii*, locum habere nequit, deinceps admitti alter: quoniam exceptio, qua *sibi cavit adversarius*, impediret, quo minus ratihabitio cum sententia conjungi possit; Berlich. *part.* 1. *concl.* 14. secus si jam verbo aut facto, antequam adversarius defectum mandati opposuisset, (vid. Græv. *ad* Gail. *I. concl.* 47.) ratihabuerit; quod omnino pro mandato admittendum est. v. Honded. *Consult.* 78. & Anton. Faber *IX. C. S. t.* 20. *def.* 1. junct. Chf. S. P. O. §. Trüge sichs auch zu.

§. VIII.

Quamvis autem vel *verbo* mandari queat; Cajus *c.* 17. *inst.* (imo nutu.)

nutu.) Tamen illud non ubique sufficere expediendæ rei potest: & cumprimis in *Judiciis* ad plures actus respici debet; maxime quod partem alteram cum Procuratore invitam congredi oporteat. Inde si non *Mandantis*, tamen *Adversarii* & *Judicis* ratione, Mandatum *uberius* exigitur: nisi quod Procurator *apud Acta* constitutus, citra extensum Mandatum aliud, sub consueta formula datus esse censeatur. Itaque in *Mandato Procuratorio*, sic & *Actorio*, necesse est, constituentem, constitutum, contra quem, in qua causa, coram quo, ad quos actus, item ratihabitionem, annumque & diem, exprimi, Carpz. *l.* 3. *t.* 1. *R.* 8. *n.* 2. Et *Syndicus*, (quamvis, si quod talis sit, constiterit, ei major fides quam Procuratori habeatur. Id. 1. *dec.* 28. *n.* 14.) non minus *Syndicatum*, quod forma debita constet, producere tenetur. *t.* 5. *Proc. a.* 4. *n.* 20 *& pr. crim.* 3. *q.* 105. *n.* 13. ut tamen, quando Mandatum ea, quæ ad Syndicatum requiruntur, continet, *Procurator* Civitatis v.c. cum eo admittendus, nec de nomine laborandum sit: Mev. 2. *dec.* 35. ceu quidem, si vel maxime quis *Syndicus* vel *Actor* appelletur, qui talis non est, mandatum valet, si alias valere possit: *c.* 9. *x. de Procur.* quoniam verba intentioni ubique accommodari debent. *c.* 11. *XXII. n.* 5. Mandatariorum vero *extrajudicialium* non unum quoque discrimen est, indeque variæ enatæ *formulæ*.

§. IX.

Quid de *Procuratore in rem suam?* vid. *l.* 66. §. 2. *de evict.* Licet hic loco *Domini* habeatur, (indeque pactum ejus prosit mandanti & noceat; *l.* 13. §. 1. *de Pact. l.* 17. §. 13. *de Jurej.*) non tamen illi Procuratores uno modo constituuntur: quare in his etiam ad *Formulas* attendendum est, sive ad litem, sive ad negotia extra judicium, constituti sint. Quin & *partim in rem suam* quis dari potest. C. A. *de Procur. th.* 15.

CAPUT II.

De Formis, quæ ad finem aut efficientem causam Procurationis respiciunt.

SUMMARIA.

1. *Procurator in rem suam, etiam Rei conventi, non mutat Formulam. Cessionarium, qui solius Actoris est, non uti mandato.*
2. *Esse enim Cessionarium etiam citra Procuratelam; & Procuratorem in rem suam, qui non est Cessionarius: & quidnam Cessio.*
3. *Quomodo Cessionarius se legitimet? rat. traditionis & tituli, in executivo Processu, & ordinario.*
4. *Illum, si ut Procurator in rem suam agat, non nisi Mandato indigere. Alias non esse Accessoriam personam: nec Cessionem idem esse unquam quod Mandatum.*
5. *Quisnam cogi possit, ut Procuratorem mittat, vel secus. Et quis non possit talem mittere, si velit. Tacite Procuratorem non constitui.*
6. *Dominium litis per Lit. Contest. consequi Procuratorem; (Sed ipsum tamen Principalem idem habere, jure potiori. Quinam ejus sint effectus? Idemque nunc superesse.) Nihilominus Principali mortuo Procuratorem novo indigere mandato.*
7. *Sic & Heredum nomine opus ipsum habere Mandato Speciali ad reassumendum. An etiam ab Universitate succedanea debeat fieri Reassumptio?*
8. *Cessare Litis Reassumptionem, in heredes concepto Mandato; quod ut fiat, in Judiciis Imperii summis & Saxonicis præceptum esse. Nam hoc Præceptum ad Actoris pertineat? num ad Syndicatus? Et quando nihilominus Reassumptio in Judiciis illis requiratur. Teneri singularem Successorem reassumere. Quænam alia mutatio litigantium illam non postulet?*
9. *Fœminas in judicio experiri oportere, Curatoribus instructas; etiam extraneas. Posse tamen esse Procuratrices in rem suam. Maritalem curam non sufficere: & quando Maritus Uxori suæ ad litem Curator nequidem dari possit. A quonam Magistratu fœminæ detur Curator?*
10. *Illustrem simpliciter absque Curatore, coram Judice stare; sed reliquas solum in actibus non contentiosis*

tiosis posse; omnes vero in certo causarum genere debere.

11. *Mandato non indigere Curatorem Mulieris; Actorio tamen ejus, si ut pro Tutrice quid agat: neque unum admitti ex pluribus.*

12. *Non etiam Mandatum invenire locum, in causis cæterorum, qui sub Tutela vel Cura sunt; quamvis hæc Majorennium sit.*

13. *Ex pluribus Tut. aut Cur. unum Jure Communi, experiri, non ubique Moribus, posse: & quando istud etiamnum fieri queat.*

14. *Actores eorum; qui publ. auctoritate constituti sunt, Actorio indigere; quod & Mulier, si Tutorio nomine in causa versetur, subscribere debeat; & quando expiret Actorium, Tutore desinente. Ex pluribus Actoribus quando unus experiri possit.*

15. *Procuratorem substitutum non esse nisi à Procuratore. Non posse substituere Procuratorem in rem suam. Posse tantum Cessionarium. Sed hujus substitutum potius primum Procuratorem esse, quam substitutum.*

16. *Cæteros Procuratores ante litem contestatam substituere non posse; præterquam si substituendi Potestatem à principali acceperint: idemque in revocatione servandum.*

17. *Communi Jure post litem contest. sed & ante eam, quoad Reum cum cautione,) substitutionem fieri posse, Juris potestate; nisi Principalis eam diserte prohibuerit.*

18. *Sed in Foro Saxonico, & plerisque aliis, substituere indistincte non posse Procuratorem, nisi hoc ei à Principali permissum sit. Et in Camera insuper præscitum ejus requiri. Indeque nullam dari ex potestate juris Substitutionem. Et quid si mandatum ad substituendum ambiguum sit.*

19. *Substituti potestatem morte Procur. constituti non expirare; nisi ex Lege talis, & res integra sit. Non obligari Substituentem Substituto ex Mandato tali; imo nec si eum ex juris potestate substituisset.*

20. *Substitutum rursus substituere & deinceps, citra Principalis expressam permissionem, non posse; ne quidem post litem à se contestatam.*

21. *Posse Procuratorem extrajudicialem substituere in negotio particulari, regulariter; non posse illum qui omnium bonorum est.*

22. *Universitates non posse experiri nisi per alios; præterquam si parva sit. Sententiam concipi vel in Syndicum, vel quandoque in Universitatem ipsam.*

23. *Syndicum (unum pluresve) constitui ab his, quibus curam litium concredidit Universitas; ut est Senatus Civitatis; (nisi alicubi forma*

ma Regiminis ad plures, ipsosque Populi Deputatos, porrecta reperiatur.) Satis esse, si munitum Sigillo Civitatis Syndicatum exhibeat, citra subscriptionem. Decretum non requiri.

24. *Tribunos legitime constitutos doceri oportere, ubi horum auctoritas una exigitur. In aliis, quæ ad Bona Civitatis alienanda suscipiuntur, omnes Cives convocari debere; & ne quidem sufficere majoris partis consensum, quando de obligandis singulorum Bonis agitur.*

25. *In illis quoque Universitatibus, quæ per seipsas tota curant negotia sua, convocari omnes, & ex comparentibus duabus tertiis, majorem partem constituere Syndicum. Quid ibi de Minoribus & Viduis. Et quomodo Syndicatus instrumentum extra judicium vel judicialiter conficiendum sit. In quibusd. Corporibus, v.c. Familia nobili, ex statuto rem & ipsam per præcipuos curari.*

26. *Capitulum aut Conventus quando & quomodo Syndicum constituat. Et quid de Forma rat. nominum, Sigilli, Subscriptionis. Non esse Syndicatum, qui Canonicos, item Monachos, memoret. De Dissensione Canonicorum, ut & quando pars major vel omnes propriis nominibus litem alicui committunt.*

§. I.

QUoniam *Formarum* efficacia ex *causis* illarum pendet, earumque *contrariis*. Ideo ad eas, quæ ex *causis externis* æstimantur, *primum* attendemus. Et quidem à fine proficiscitur illa, quæ ad Procuratores in rem suam pertinet; *l. 66. §. 2. ff. de Evict. l. 33. §. f. & l. 34. de Procurat.* sive talem *actor*, *l. 34. l. 55. eod. l. 33. C. de donat.* sive *reus* constituat: qualis est, ex parte scilicet rei, si quis conventus de re aliqua eum, contra quem propter rem istam regressum suum habet, Procuratorem facit; v. c. fidejussor principalem sive debitorem, *l. 42. §. 2. de Procur.* emptor venditorem, *d. l. 66. §. 2. de evict.* venditor emptorem. *l. ult. §. 2. de condict. indeb.* Attamen Procuratela ista *in rem suam*, qua talis est, non variat Mandati *formulam*: cum Procurator iste vulgari possit uti Procuratorio in judicio; nulla in eo facta expressione, quod ipse *in suam utilitatem* experiatur. Quod si vero una Cessionarius sit Procurator, ex Actoris persona:

sona: (nam *Reus* quidem *cedere* conditionem suam alii, invito Actore, non potest. *l.* 45. §. 2. *de Mand.* Umm. *D.* 3. *ad Proc. th.* 7 *n.* 8.) tunc si actionibus *ut talis* uti velit, secus est.

§. II.

Nam sunt Procuratores etiam *in rem suam*, qui *Cessionarii* non sunt: *l.* 42. §. 2. *de Procur. l.* 66 §. 2. *de evict. l.* 63. *de re jud. l.* 4. §. 3. *seq. de Appell.* quibus nempe solum *Actionis* vel *Exceptionis* exercitium ideo demandatum est, quoniam simul ipsorum interesse in ea causa versatur; *dd. ll.* ut quando v. g. debitor solutionis causa actionem adv. debitorem suum mandat, ut iste inde sibi ipsi solveret. *l.* 18 *de Compens. l.* 3. *de Novat.* In quos vero *Jus actionis* proprietarie translatum est, isti *Cessionarii* inde fiunt. 33. *de Donat.* In quibus sicut ipse quidem *Titulus*, quo actionem v. c. nomenque consequuntur, *cessionem* non conficit; sed ipsa potius quasi traditio, quæ implementum scilicet negotio conciliat: ita ab utroque isto mandatum, quo Procurator fit, omnino discernendum est. Nec ergo *Cessionarius* ille qua talis *mandato* indiget; quod Huberus asserit, *ad Tit. Inst. Mandati:* nam hoc ipsum non volunt *l.* 17. *de Transact. arg. l.* 53. *de Pecul.* §. 21. *Inst. de legat.* neque illud exinde argui potest, quod cedens actiones ipso jure retineat: *l.* 22. §. 2. *l.* 38. *de Usufr. & dd. txx.* quippe quod Cessionarius possit & *utilibus* uti actionibus *suo nomine*; quamvis mandatum non habeat. Videlicet emptori v. c. hereditatis, & sic *actionis* hereditariæ, quicquid ejus fuerit, datur actio *utilis*, *l.* 6. *de Pactis.* nec minus aliis qui titulis *singularibus* actiones & nomina, (etiam *tacite, l.* 2. *pro soc. similib.*) comparant, *l.* 7. *C. de hered. vel act. vend. l.* 18. *C. de legat. l.* 33. *C. de Donat. l.* 1. 2. *C. de O. & A. l.* 20. *de Pignor.* Atque nemo ignorat, in *Foro* nullum exigi à Cessionario *mandatum*; si modo ille *ad causam*, sive *jus agendi*, se legitimet.

§. III.

Fit autem hæc *Legitimatio*, quando cum *ex jure cesso* experiri se in libello, ait, non solum *instrumentum obligationis* producit, vel aliud actionis, v. c. realis, *fundamentum* indicat; verum etiam simul docet de *titulo*, & sic utrumque ostendit, *titulum* & *traditionem*, wie und

Digitized by Google

auf was Weise er zu solcher Forderung oder Anspruch kommen: (quoniam sola *detentio chirographi* ad hoc non sufficit; quamvis in eo debitor se obstrinxisset, allen getreuen Inhabern dieses Brieffs. Carpz. 1. *const.* 17. *def.* 33.) idque si *Processum executivum* susceperit, per *instrumentum* Cessionis, sive judiciale sive extrajudiciale; Coler. *p.* 2. *d. P. E. c.* 2. *n.* 69. *seqq.* sin *ordinarium*, etiam per testes; *Id. n.* 34. (nec tamen *juram. suppletorio*. Ant. Faber *IV. C. S. t.* 29. *def.* 13.) id quod etiam nach der Einlassung auf die Klage fieri potest: cum quidem in *executivo*, priusquam Actor de titulo cessionis docuerit, recognoscere instrumentum non sit obstrictus Reus.

§. IV.

Proinde *Cessionarius* hoc pacto *Procurator* est nullatenus, nec *accessoria* Judicii persona; ceu nec cessio exspirat moriente cessionario, aut heredes ejus novo Cessionis instrumento indigent: Neque etiam, quod vox *Cessionis Mandato* æquipolleat, (quod idem vult Huberus, d. *l.* §. 11.) ex *l.* 76. *de solut.* probari potest; nec ex *l.* 1. *in fin. C. de Magistr. conven.* (ubi quidem actio *utilis* ex Lege competit, non quod cessa illa fuerit, nec dum quod mandata.) Unde nec ab eo tempore, quo actiones utiles cessionario permissæ sunt, nomen cessionis *magis de Translatione* actionis *proprietaria* usurpatum fuisse, (*quasi ante amandatam significaverit,*) dici potest. Quando autem Cessionarius actionibus *directis*, ex persona *Cedentis*, experiri voluerit: ita v. non agit ut *talis*, sed ut *Procurator*, neque alia Legitimatione indiget.

§. V.

Ad *alteram* Causarum *externarum*, efficientem quod attinet, omnino necesse est, ut quisnam Procuratorem constituerit, in mandato exprimatur: quo cognosci possit, num ille *facultatem* Procuratorem constituendi habeat. *l.* 43. §. 1. *l.* 8. *de Procur. l.* 11. *C. eod.* (ubi quod, qui *sine Tutore* aut *Curatore* stare in judicio non possit, is nec *Procuratorem* absque illis dare valeat.) Quemadmodum vero in genere nemo ad hoc, ut Procuratorem constituat, adstringi potest, *c.* 2. *X. de Procur.* si *ipse* causam agere in Judicio *velit*, ac *possit* etiam: nisi quod personis illustribus, idque in favorem earum, ut inviti licet per Procuratores litigare debeant, injunctum sit. *l.* 25. *C. de Procur.*

Nov.

Nov. 71. *c.* 1. Gail. *part.* 1. *obs.* 111. Ita quando ipse quis comparere in judicio non potest, *impeditus* scilicet, nec tamen causam, quippe gravem, & quam se ipso tueri melius neminem posse demonstrat, ut *Procuratorem* ad istum terminum *mittat*, *cogi* nequit *d. c.* 2. *x. de Procur.* (nam in *c.* 6. *x. d. dol. & contum.* citatus vel non allegavit; vel saltem non probavit, justum absentiæ suæ causam.) *add.* Mynsing. *II. O.* 88. *& IV. O.* 58. Besold. *in Delib. ad tit. de Procur. qu.* 3. Quod si vero *ad comparendum* in persona quis citatus fuit, Procuratorem Judex non admittit; nisi quod comparente nihilominus pro ipso Procuratore, si pars adversa, (modo hujus tantum intersit,) nil opponat, admittere Judex eum debeat; nec propterea Processus nullus sit. Bellamera *Dec.* 10. 37. *&* 717. Cæterum tacitus consensus in constituendo Procuratore judiciario non sufficit, *l.* 8. §. 1. *de Procur.* nec recipi opinio Mevii *in II. Dec.* 159. potest, quasi patientia scientis, alium in judicio suo nomine contendere, pro mandato sufficiat.

§. VI.

Licet autem Procurator per Litis contestationem Dominus Litis sive instantiæ fiat, *l.* 11. *C. de Procur. l.* 22. *C. eod.* Mynf. *I. O.* 42. *II. O.* 39. Gail. *I. O.* 74. *n.* 10. Carpz. *I. I.* 22. Umm. *Disp.* 3. *th.* 8. *n.* 46. Mev. *III. Dec.* 29. *n.* 8. (qualis quidem is non minus est, quem Dominus *lite jam à se contestata* demum constituit: *l.* 20. *C. d. t.* siquidem hic saltem in contestationem litis peractam succedit; ceu nec *ipse Principalis*, quamvis litem per se non contestetur, eo minus *litis Dominium* habet, *l.* 30. *l.* 31. *pr. ff. eod. l.* 10. *de Judic. solv.* quippe quod *virtute ejus* ipse Procurator consequitur: unde adhuc *Principalis* ille liti adesse, *l.* 69. *de Procur.* eam ipse prosequi, *l.* 9. *C. de appell. l.* 17. *de Procur. revocato* etiam mandato, Carpz. *tit.* 6. *Proc. art.* 4. *n.* 40. & non minus etiam post litem contestatam transigere potest. Carpz. 3. *D.* 246.) Inde nisi Principalis adsit, Procurator ait: Vor denenselben erscheine ich, als Anwald: & si adsit, is deinde trägt dem Procuratori Vollmacht auf. Atque ipse Procurator, per Litis contestationem *facultatem*, alium Procuratorem *substituendi*, consequitur. *Reconventionem* quoque exhinc sustinere, & in ea Principalem defendere debet, *l.* 33. §. 3. *seqq. l.* 35. *ff. de Procur.* ejusque culpa Domino nocet, *l.* 10. *C. h.* ita ut ne qui-

quidem hic in int. restitui queat, *arg. l.* 13. §. *f. C. de Judic.* tum & appellare tenetur: quoniam *instantiæ primæ appendix* est, Appellationis coram *Judice illius interpositio*; *l.* 4. §. *f. de Appell.* quamvis appellationem *prosequi* non possit, (secus atque in Appellatione ab *interlocutoria*; quippe quod nec dum *instantia* finem per definitivam sortita fuerit. Gail. *l. O.* 139.) Adeo ut imperite negent *Litis* hoc *dominium*, ex moribus scil. nostris, quoniam *sententia* in Procuratorem non fertur. Quasi v. *Jure Civ.* hoc perpetuum & immutabile fuerit, & *Canon. jure*, ubi etiam *in principalem* ferri potest Sententia, eo minus Procurator Dominus litis sit: *c.* 1. *vers. licet. & c.* 6. *de Procur. in* 6. ut ne de ratione peculiari sententiæ, ac diversitatis sententiæ ejus, quam implere potest Procurator vel secus, ac de cæteris modo indicatis effectibus illius Dominii, dicamus. Vis tamen ea ejusd. non est, ut post litem quoque contestatam *mortuo principali*, Procurator sine *novo Mandato* litem prosequi possit; Carpz. *l.* 3. *t.* 1. *R.* 11. *n.* 11. 13. *d. Proc. t.* 5. *a.* 5. *n.* 16. adeo dominium Procuratoris ab eo, quod Domini & Mandantis fuerat, pendet: indeque cum mandantis morte extinguitur: *l. fin. de Solut.* Schultes. *II. qu.* 52. ita ut ne quidem *invitus* Procurator ad prosequendum litem cogi per heredem possit; vid. Anton. Fab. *II. C. S. tit.* 6. *def.* 18.

§. VII.

Ex quo sequitur, *adversam partem* & vel *Reum*, quando defunctus Actor non etiam pro heredibus Procuratori mandatum dedit; si vel hic in ipsa executione post sententiam mortuus fuerit, urgere legitimationem novam Procuratoris, atque reassumptionem litis per heredes, posse: cum quidem decisa causa, sed finita tamen & absoluta dici nequeat, tum & contentiones sæpissime in executione oriantur. Berlich. *I. Concl.* 27. *n* 20. & Carpz. 3. *Dec.* 44. *n.* 15. *seqq.* Et quidem *omnes* ad reassumendum *heredes* citari debent, ut tamen si non omnes compareant, saltem comparentes, ein jeder für seine Person, reassumere litem oporteat; Procurator vero reassumere, absque *speciali Mandato* ad reassumendum, non possit. Finckelth. *O.* 110. Quin & is adh. reassumere adstringitur, qui *jam* ad actum unum vel alterum, nulla interposita reassumptione, *admissus* fuit; eo quod Legitimatio ad tempus certum non adstringatur. Quod si etiam contu-

maci

maces in reassumendo sint heredes, wird der Process pro reassumpto gehalten. Sunt tamen à reassumendo *immunes* eorum heredes, qui simul cum aliis de Universitate *Syndicum* quendam constituerunt, & pendente lite decesserunt. Idem *II. Dec.* 214. *seq.* Carpz. *l. Const.* 13. *def.* 9. qui tamen *def.* 10. notat, *reassumptione* pariter, atque *novo* Syndicatus instrumento, opus esse, quando *major pars Universitatis* morte functa sit. Nam licet nihilom. Universitas *adh. superesse*, (ceu quidem in *uno* etiam membro conservatur. Klock. 3. *cons.* 147. *n.* 114.) videri queat; tamen quia non tam ad conservationem jurium Universitatis, (qua ratione Universitas ipsa non moritur. *l.* 7. §. 2. *Quod cuj. univ. nom.*) quam *Voluntatis ejusd.* hac in parte respicitur: non magis voluntas majoris partis superesse credi potest, quam in singulorum defunctorum heredibus antecessoris voluntas; quæ in mandato vel maxime personalis est: Quicquid sit, quod quamvis *singuli* etiam fortassis *subscripserint*, *ut universi* subscripsisse *censeantur*: *l.* 2. *h.* quoniam hoc ad respectum *universitatis* pertinet, *voluntas* tamen ipsa *individuorum* est.

§. VIII.

Quamobrem ut hac Reassumptione, quæ sæpe *moram* litibus injicit, non opus sit, *Mandatum ad heredes* etiam concipitur; Vor mich und meine Erben und Erbnehmen. item: Zu meinem, und nach meinem Tod, meiner Erben unzweiflichem Anwald constituiret. Similiter: Daß mein Anwald, in angeregten Sachen active und passive bey meinem Leben, in meinem, und nach meinem Tod, in meiner Erben Nahmen, erscheine. (nec sufficit, si quis simpliciter det Vollmacht cum clausula heredum: quia *nomine heredum* concipiendum est.) Quod ut fieri debeat, per R. A. 1654. §. Damit auch zum vierdten. in *supremis* Imperii *Judiciis* necessarium est; nec minus in *Electoratu Saxonico* vigore *Constit. Electoralis de anno* 1655. requiritur, ut mentio scil. heredum fiat in *Procuratoriis*, & non minus in his *Actoris*, *quæ* ab ipsis *Principalibus subscribuntur*; dann diejenigen Actoria, so nur bloß von denen Vormunden, und nicht zugleich von denen Principalen, unterschrieben werden, seynd nicht auf Erben einzurichten: Quoniam *Tutorum* v. c. *heredes* nec tenentur, nec possunt, litem continuare, eo quod tutela omnisque *administratio* tutelaris per mortem tutoris finia-

tur, ut tamen Actor, *novo* tantum *Actorio* succedentis *tutoris* indigeat, nec *reassumptione* opus sit: Berlich. *I.Concl.* 27. *n.*26. idque si non fiat, exceptio admittatur, daß ehe und bevor solcher Mangel ersetzt, vel ehe sich Kläger anderer Gestalt, und mit Vorlegung einer auch auf seiner Principalen Erben eingerichteten Vollmacht, legitimiret, der Beklagte sich auf die Klage einzulassen nicht schuldig sey. Nec vetat *Syndicatum* ita concipi posse, vor uns und unsere Nachkommen. Quod eo conducere posset, ut deinceps, *omnibus* licet, qui nunc ad constituendum concurrere, *defunctis*, *novo Syndicatu* non opus sit. Neque tamen ut eo modo fiat Syndicatus, ullibi injunctum est: non quod non moriatur Universitas; sed quod non talis, nisi rarissime, videatur protractio litis fieri posse, ut *major pars* ex constituentibus decedat. Sunt etiam casus, quibus etiamnum, *concepto licet in heredes mandato*, nihilom. *reassumptione* opus est: quales *quinque* numero adducit Blumius *in T. LXVII. Proc. Cam. n.* 71. *seqq.* Quin & *Singularis* in lite *successor*, aut *Cessionarius*, cum de eo *Procuratorium* non loquatur, *mandatum* novum dare debet aut saltem *Reassumptione* indiget. Quando autem *Procurator ipse* vel *Curator* mortuus est, vel *Pupillus* aut Minor redditus est *majorennis*, propterea nulla fit Litis *Reassumptio*; Carpz. *Resp.* 24 *n.* 41. ceu nec quando *Curator bonorum* in litem defuncti debitoris succedit: Carpzov. *I. Dec.* 36. quoniam Bona defuncti, sic & fugitivi vel latitantis, ejusdem personam sustinent.

§. IX.

Et hæc in genere de *Constituente* ejusque *heredibus*. In specie (1.) quoad Sexum, in Saxonia & quam plurimis locis, propriam causam judiciariam, Rechts-Sachen, fœmina, sive maritata sive soluta, & hæc, sive Virgo sive Vidua sit, suscipere, sive agat, sive conveniatur, (de qua quidem, Rea scilicet, quasi per citationem habilis agnita videri posset, dubitatum fuerat; nisi quod ad habilitatem hoc ipsum non pertineat,) non potest. *P.* 2. *Const. El. Sax.* 15. (uti quidem posset *Jure communi*: quo etiam placuit, ut Procuratrix *in rem suam* esse queat; *l.*4. *C. de Procur.* Gratianus c. 873. *Disc. For. n.* 25. & multo magis *Cessionaria* esse poterit.) Indeque personam standi in Judicio, nisi durch ihre verordnete Curatores vel horum *Actores*, welchen die Vormünder

münder hierzu Vollmacht aufgetragen, (*de quibus deinceps.*) aut *cum Curatoribus* suis, vel *Actoribus* eorum, in eo comparentes, *Fœmina* non habent. Ch. P. O. *tit.* 8. §. da sie aber. Adeo ut idem in Fœminis plane *extraneis*, qui Judicio Saxonico & simili experiri volent, observandum sit: Berlich. 2. *concl.* 17. *n.* 57. Carpz. *III. resp.* 13. Idque non eo, quod in judicio quasi *contrahatur*, ut Carpz. *d. R.* & *R.* 17. *n.* 7. (cum & *Viduæ* ac *Virgines* Curatoribus in judicialibus indigeant, quæ tamen extra jud. solæ *contrahere* possunt:) nec ut Idem habet *d. R.* 13. quod personæ earundem inhabilitatem hoc concernat; sed ob rationem peculiarem Judicii sive *Processus* eique *solennem*. Et *Uxoribus* quidem, denen Eheweibern, oportet in hoc esse constitutos, gerichtlich bestätiget, ihre Ehemänner, oder andere Personen; quippe quod *Simplex Curatela*, die ehliche Vormundschafft non sufficiat; etiamsi *Maritus* una cum Uxore compareat in Judicio, ut videatur præsens Mulier ratum habere, quod Maritus agit. Nec enim illa, sine Curatore judicialiter constituto, ratihabere id quod in judicio suscipitur, potest. Et *Extraneum* quidem ei Curatorem constitui *necesse* est, quoties adversus Maritum suum causam habet, vel talem, quæ ipsius interesse concernit. In cæteris autem ipsi quoque *Mariti* pro uxoribus suis, wann sie keine sonderbare Curatoria haben, non admittuntur; nisi ipsi *cautionem rati* præstiterint. Ch. J. P. O. *tit.* 8. Igitur Fœminæ cuilibet quando Curatorem nec dum habet, daß sie mit dergleichen nicht versehen, talis ab ipso *illo Magistratu*, coram quo *causa* agitur, Carpz. 3. *R. XII. n.* 22. videlicet ad *hanc* litem, quod nim. causam *Curandæ* suæ fideliter gerere velit, intercedente promissione Judici, *stipulata manu* facta, (etiam simplici *Registratione* ad Acta,) constitui potest: generaliter vero *ad omnes causas* talem ei constituit Judex, qui *alias* quoque fœminæ *competens* est, velut *Domicilii*: Carpz. *d. R. XII.* (Curatorio tradito, durch Ausfertigung eines Curatorii, si alibi fortasse lites habere posset fœmina.) vid. *Dec. El. Sax.* 59. Idque fieri *debet*, aus Richterlichem Amt, ob es gleich von keinem Parth gesucht würde. Ch. J. P. O. *d. tit.* 8. §. Da sie aber.

§. X.

Facit tamen qualitas 1.) Personæ, ut Fœmina Illustris, quæ scil. per Consiliarios Jurisdictionem in terris suis exercet; (nam Viduarum No-

Nobilium, quæ ut Tutrices *filiorum* Nobilium *jurisdictioni* præsunt, non eadem est ratio) vel ipsa in Judicio causam suam, etiam *absque Curatore*, agere; quippe quod consilio suorum Consiliariorum utatur: vel eo *Procuratorem* mittere queat. Carpzov. *T. V. Proc. a.* 3. *n.* 61. *seqq.* 2.) Causæ, quod in quibusdam *sine Curatore* comparere debeant; uti sunt *Criminales*, item *Spirituales* & *Ecclesiasticæ*, quo & *Matrimoniales* pertinent. ChF. P. O. *t.* 8. Carpz. *d. art.* 3. & *T.* 1. *a.* 2. *n.* 41. in nonnullis autem *Actibus*, eo quod proprie judiciales aut saltem *contentiosi* non sint; velut impetratione *Arresti*, *Assecurationis*, *Insinuatione* Testamenti, Donationis, etiam sine Curatore, coram Judice versari possint. Id. *d. art.* 3. *n.* 70. *seqq.*

§. XI.

Proinde in causis Fœminarum Procuratorii locum subit unum *Curatorium*, quod exhibere Curatores tenentur. *Mandatum* enim ulterius ab iis non exigitur; und bedarff derselbe von seiner Curandin kein weiteres Mandat oder Vollmacht; præterquam si Curator nomine ejus, *ut Tutricis* rat. *Pupillor. suorum*, experitur; quo c. juxta *Curatorium suum*, & *Tutorium Matris*, Tutricis, (Carpz. *d. a.* 3. *n.* 8.) etiam uno Mandato sive *Actorio* potius, *Curandæ* illius *suæ* instructus esse debet. ibid. *n.* 69. Quod si etiam *plures* habeat *Curatores* Mulier, sive in genere, sive ad unam litem constitutos, non admittitur *unus solus*, sondern ist auch wegen der übrigen sich zu legitimiren schuldig. Ut tamen is, qui ad *unam litem* constitutus est, haud dubie *in ista* admittendus sit. Carpz. 3. *Resp.* 12. *n.* 14. *seqq.*

§. XII.

(2.) Quoad Judicium *Animi*, cum stare in Foro non possint ob ætatem *impuberes*, nec *Minorennes* in causa *propria*; multoque minus alii, qui *rebus suis* ob *aliam* quam ætatis *rationem superesse* non possunt: *Absentium* vero non minus habenda sit ratio. Ideo his omnibus *Autoritate publica* prospicitur; cujus est *Tutores* & *Curatores* constituere; indeque *Mandatum* v. c. Minoris non sufficit, (quod alteri absque Curatore præbet; sive habeat Curatorem sive *non*.) Mev. *II. Dec.* 133. Nam *Mulier* & licet Majorennis frustra Procuratorem cum *Man-*

Mandato mittit: quippe quod *Curatorum*, etiam *Muliebrium publica sit constitutio*. Id. *d. l. n. 3.* Hinc quando ipse Tutor, qualiscunque sit, etiam *Testamentarius* aut *Legitimus*, in judicio ad causam pupilli sui suscipiendam comparet, muß er zu seiner Legitimation sein Tutorium (cum omnis generis Tutor hodie *Decreto* Magistratus *administrationem*, nec aliter, consequatur. *Ref. Polit.* 1548. *Tit.* **von denen Pupillen und Minderjährigen.**) gleich bey dem ersten Satz übergeben. Idemque est in *Curatore* quolibet; etiam eo, qui finita tutela per *curam continuat*, ut & *furiosi*, *prodigi*, (quin & *absentis*,) deren jeder sein Curatorium so bald vorlegen muß; Carpzov. *t. 5. Proc. a. 3. n. 18. seqq.* In quibus idcirco frustra de *Mandato* alio, ejusque *formula*, quæritur.

§. XIII.

Quid autem, quando aliquis plures habet Tutores vel Curatores? Tunc quia omnes *in solidum* constituti esse censetur, *l. fin C. de Auctorit. præstand. l. 1. C. Si unus ex plurib. l. 1. §. 13. d. Exerc. act.* (ubi ob *publicam utilitatem* quilibet totam administrationem habere creditur.) Inde *uni* etiam Tutori sine altero agere & experiri permissum est. *l. 3. §. 6. l. 24. §. 1. de Administr. Tut. & Cur.* Ut tamen si vel *plures* eorum id *velint*, aut simul *omnes*, *non minus admittantur.* Imo plerisque locis *usu* receptum est, ut vel *omnes* simul litem suscipere, vel *uni* præ aliis *electo* reliqui assistere jubeantur. Quale quid etiam in Judiciis Saxonicis servatur, & per Ch§. P. O. *Tit. 9.* in Saxoniæ quoque Electoratu obtinet, dieweil befunden worden, daß wann der Vormunden einer die Sach geführet, und es hierauf zur Execution kommen, dasselbe neuen Zanck und Weitläufftigkeit verursachet. Quapropter ibi constitutum est, daß die Vormünder hinführo sämtlich ihre Mündlein vor Gericht active und passive vertreten müssen. Videlicet quando executionem alias peteret tutor *Creditor*, ei *exceptionem* ratione reliquorum Contutorum opponere *debitor* condemnatus poterat; & si *adv. Tutorem Debitorem* peteretur, ille *Divisionis* exceptione opposita difficilem executionem *Creditori* reddebat. Berlich. 1. *Concl. 16. n. 21.* Interea wann ein oder der andere Vormund oder Curator ausserhalb Landes verreisst, oder andere erhebliche Ursachen vorfallen möchten, warum der Sachen Ausübung alleine einem zu verstatten, in arbitrio & discre-

tione Judicis id collocatur; und soll darauf, quod idonee scil. talis se legitimaverit, erkannt werden, *d. Tit.* 9. §. würden sie auch. Similiter si *periculum sit in mora*, als mit eines Anlegung eines Arrests, oder sonst, ubi *extra* locum *Judicii*, noctu, die feriata, sine scripto, &c. res agi potest: nam hisce casibus etiam *unus* potest curam habere negotii pupilli vel minoris; ita tamen ut *deinceps* in Processu etiam *reliqui* se legitiment. *d. Tit.* 9.

§. XIV.

Porro si nec ipsi Mandatarii rebus principalium superesse possint: ita quidem prius de his videamus, quibus cura, illa quam obire ipsi nunc non possunt, publico nomine vel auctoritate imposita est: qua ratione scil. alios substituere valeant? deinceps etiam de *Procuratoribus* in specie dictis visuri. Equidem *post Litis contestationem Tutor*, *Curator* & *Syndicus* etiam *Procuratorem* constituere possunt, si ipsi litem contestati sint. *l.* 11. *C. de Procur.* sed non possunt *ante litem contestatam*: possunt tantum actorem. *d. l.* 11. *C.* Gœdd. *c.* 5. *de contrab. & committ. stipul. n.* 319. H. Hartm. *Tit.* 5. *Obs.* 1. *&* 6. Carpz. *t.* 5. *art.* 5. *n.* 20. 23. (Quanquam *filio* possit *Pater* Procuratorem super *adventitio* constituere, etiam ante Litis contestationem. Jo. Corserius *Dec.* 105.) Videl. *Procuratorem* non potest constituere, nisi qui *Dominium rei*, vel ad minimum *litis*, habet; qui idcirco causam gerit *periculo Domini*, cum quidem *Actor* id faciat periculo immediate *constituentis*. §. *ult. I. d. Curat.* *l.* 10. *C. de appell. l.* 9. *rem. rat. hab. l.* 24. *d. adm. & per. tut.* Cujac. *in* Papin. *ad l.* 6. *quando ex facto tut. &* Merend. *V. contr.* 26. (ubi etiam, an periculo suo substituat, qui *jus substituendi* habet?) De cætero *Actores*, v. c. Tutorum, perinde constituuntur eademque *Formula*, atque *Procuratores* per Mandatum; saltem in hoc mentio des Auftrags, quod *subordinatus* ille sit, inseratur: indeque *Actorium* illud simul *cum Curatorio* (item *Syndicatu*,) constituentis exhibendum est; Gail. *II. O.* 7. nisi Tutor, Curator aut Syndicus, *in ipso illo judicio*, datus aut confirmatus fuerit. Carpz. *T.* 5. *Proc. a.* 5. *n.* 33. 36. Igitur *Actorium* illud continere debet nomen & cognomen, tam *Principalis*, ut & *Tutoris*, *Curatoris*, (Minoris, Mulieris,) *Syndici*, (Procuratoris, *ut* §. *seq.*) quam substituti vel *Actoris Constituti. &c.* annexa *cl. rati*, & *substituentis tantum*, v. c. Curatoris, *sigillatione* pariter ac *subscriptione* addita.

Carpz.

Carpz. *T.* 5. *a.* 5. *n.* 29. Neque opus est, ut v. c. *Mulier* ipsa etiam Actorium illud *subscribat*; quippe quod Curator *vi Curatorii* sui pro ipsa agere *solus*, eamque defendere, possit. Id. *n.* 45. & *a.* 3. *n.* 90. Unde quando Curator nomine Mulieris sive Curandæ suæ agit, qua *Tutrix* illa liberorum suorum est, sicut tunc mandato sive Actorio peculiari indiget, ita *Actorium* Curatoris solum, quod substituto suo nomine præbet, non sufficit; nisi *Mulier* hoc & *ipsa* subscripserit: *d. n.* 90. (sicut quando *Curator* ipse litem agit, *Curatorium* subscribere *Tutrix* hoc nomine potest. *d. art.* 5. *n.* 45. & 49.) Quin & in omnibus actibus, qui per Curatorem vel Actorem ejus geruntur, se subscribere *Mater*, aut si scribere ipsa non possit, per *Notarium & testes* id expedire, h. e. voluntatem suam exponere, debet. *d n* 90. Illud etiam observandum est, quod licet *novo tutore* superveniente, *Actorium* Tutoris prioris sublatum sit. Carpz. *a.* 5 *n.* 42. Tamen in illis casibus, ubi causa citra novi Tutoris constitutionem *peragi poterat* & *debebat*, actorem tali non constituto *continuare* litem teneri; non aliter atque Procuratore mortuo *substituti potestas* non desinit. Carpz. 3. *Dec.* 302. *n.* 26. *seqq.* Nam ita *Berlichii* traditio *II. Dec.* 278. cum indefinita Carpzovii doctrina *d. n.* 42. concilianda esse videtur. Denique si *plures* uno *Actores* quis substituisset, eorum quilibet non potest constitutus esse censeri *in solidum*, ne communi quidem Jure; nisi hoc *expressum* fuerit: quoniam hæc *administratio accessoria* & quodammodo *delegata* est; (secus atque in *Tutoribus pluribus* obtinet, qui *principali*, eaque *ordinaria*, administratione pollent.) *v. l.* 39. *d. re jud.* Quod si vero in solidum constituti fuerint, cum *uno* eorum *efficaciter* agi potest; neque illa in Actore uno ex pluribus *incommoda* Parti adversæ, quæ in Tutore uno ex pluribus oriri potuisse diximus, metuenda sunt.

§. XV.

Procurator autem, sive *Actoris* sive *Rei*, si is alium substituat, hic Procurator substitutus audit: cum quidem eorum, quos nunc diximus, substitutus *Actoris* nomine veniat; nec etiam Procurator substitutus dici queat, quem *Defensor rei* constituit, vel *Actor ipse*, v. c. Tutoris, sed potius *Istorum substitutus*, deren substituirter Gevollmächtigter; non item Actoris v. c. Affter-Anwald. Et quidem quod

Procurator in rem suam substituere possit libere, illi statuunt, qui hunc cum Cessionario confundunt: de *hoc* enim solum verum est, quod substituere etiam *ante Litem contestatam* possit, h. e. mandare alii actionem non modo, *l.* 33. *C. de Donat. c.* 1. *de Procur. n.* 6. sed & cedere illam penitus. *l.* 17. §. 1. *de Jurej. l.* 13. §. 1. *de pact.* Qua ratione nihilominus Cessionarius ille quid retinet, quod respectu secundi Cessionarii *vicem directæ actionis* subeat; non aliter atque Vasallus ratione Subvasalli directum quoddam Dominium consecutus esse censetur. Nempe Cessionarius ille est loco Domini. *l.* 13. §. 1. *de pact. l.* 25. *de Procur.* Imo dum actiones *utiles* alteri mandat, quod unice facit ut Cessionarius; ille *Procurator* ne quidem substitutus, sed *primus* est.

§. XVI.

In *cæteris* Procuratoribus *Judicialibus* in *rem alienam*, certum est, quod *ante Litis contestationem* vel *responsionem* ad Libellum, der Einlassung, qua causæ scil. merita tractantur, alium substituere non possint. *l.* 8. *l.* 11. *l.* 23. *C. h.* (nam ipsum *dominio Litis*, quod hoc modo Procurator obtinuit, tribuunt.) Unde Procuratorem, qui *non ipse* litem *contestatus* est, sed quem Dominus, postquam litem contestatus esset, dehinc constituit, non posse alium substituere putant: per *l.* 4. §. *f. de appell. l.* 31. §. 2. *de N. G.* Id quod tamen ex his, quæ *supra* diximus, falsum est. Proinde ut Procurator *ante Litis contestationem* substituere possit, *speciali mandato* opus habet; quamvis nulla in eo *certa persona*, quæ substitui posse debeat, expressa. *c.* 1. §. 1. §. *licet.* & §. *Procurator. de Procur. n.* 6. Atque hoc tantum *semel* una vice; nisi mandatum eam clausulam quod *porro ea potestate* uti possit, contineat. Tiraquell. *in l. boves. lim.* 6. *n.* 5. *d. V. S.* & *Add. ad* Capell Tholos. 372. Similiter qui à Domino potestatem substituendi habet, non potest hoc ipso à se *substitutum*, post mandatum illud ad hoc susceptum, quamvis eo nec dum usus sit substitutus, *revocare*; nisi non solum potestas alium substituendi, verum *etiam revocandi*, à Domino eidem concessa sit. *c.* 3. *eod. in* 6. Hilliger. *lib.* 18. *Dom. En. c.* 12 *lit. s.* Aliter atque in *Delegata Principis* subdelegante obtinet, *c.* 6. *de Off. Deleg. in* 6. quia is potestatem subdelegandi *à Lege* habet; substitutus vero Procurator h. e. ante Litem contestatam potius *à Domino* sive Principali pen-

pendet. Igitur *Forma* hæc *substituendi* plenior est: auf alle benöthigte Fälle, einen oder mehr Neben- oder Affter-Anwälde, an seine Statt zu setzen, und dessen Gewalt gar oder zum Theil auf dieselbe zuwenden, auch nach Gefallen hinwiederum zurück und an sich zu ziehen; Gestalt deren Verrichtung Principalis gleicher Gestalt genehm zu halten verspricht.

§. XVII.

Enimvero *post Litis contestationem*, & per eam, Procuratori, quippe jam *Domino litis*, facultas illa substituendi *ipso Jure* sive *Lege*, adeoque *ex se*, competit. *l.* 8. *l.* 22. *seq. C. de Procur. c.* 1. *eod. in* 6. *l.* 66. §. 2. *d. evict.* Berlich. 2. *Dec.* 274. *n.* 13. Indeque eum, quem isto modo substituit, sua quoque ex Lege potestate *revocare* potest; idque simpliciter, si *res* adhuc sit *integra*, & judicium nondum in substitutum translatum sit; alias tantum *causa cognita*: quia nec Dominus ipse hoc aliter posset. Plane si Dominus diserte *substitutionem* Procuratori *prohibuisset*, utique ne sic quidem jure illo uti potest. Quod vero Procuratorem *à Reo* datum ad defendendum concernit, ille quidem communi jure quamprimum *cautionem judicatum solvi* præstitit, quamvis nec dum Lis contestata fuerit, nihilominus substituendi potestatem habet: Umm. *D.* 3. *ad Proc. th.* 3. *n.* 11. quoniam post cautionem illam *Domini loco* habendus est. *l.* 76. *de Procur.* Calvol. §. *Procurator,* 7. *Concl.* 10. *n.* 6.

§. XVIII.

Sed hæc, quæ de virtute Litiscontestationis *communi Jure* prodita sunt, ex observantia *hodierna* in *Judiciis Saxonicis*, & passim *aliis*, locum non inveniunt; ubi substituere Procurator *neque ante neque post contestatam Litem* potest aliter, quam si Dominus ei *diserte* potestatem *substituendi* dederit; indeque substitutus personam suam non solum exhibitione *substitutionis*, verum & *Mandati Principalis*, in quo illa cl. expresse continetur, legitimare debet: Carpz. *T.* 5. *Proc. a.* 5. *n.* 4. 6. 33. & *l.* 3. *t.* 1. *Resp.* 6. *n.* 23. quippe quod in *illis Judiciis* semper *industria* electa censeatur. Quare & in *Camera* ne quidem *ex potestate substituendi* potest alium substituere Procurator, *absque præscitu* sui *Principalis*, C. G. O. P. *II. T.* 20. §. Nachdem auch. *In Saxonia* vero ex

cl. illa Procurator *quilibet* Procuratorem *Curiæ* ſubſtituere valet. Carpz. 3. *Dec.* 302. *n.* 15. *ſeqq.* Et quoniam aliquando *dubium* eſſe poteſt, num Principalis eam ſubſtituendi poteſtatem Procuratori ſuo dederit? Quid enim ſi cum poteſtatem *directo* non dediſſet, in *Clauſula Indemnitatis* dixerit: **Er wolle den** Procuratorem, **oder deſſen** Subſtituten, **ſchadloß halten**: quo caſu quia verba illa per ſe mandatum non inferunt, ſed promiſſionem Indemnitatis, nec de ſubſtitutione diſpoſitive, ſed ſolum narrative, agunt, qualia quæ ſunt, non obligant; *c. ſi ſumus, x. de ſent. excomm.* atque verba quæ ſupponunt aliquid, nil diſponunt, ſuper eo quod ſupponunt. *l.* 19. *de hered. inſtit. cl.* 1. *in f. de Præbend.* Id quod maxime locum habet in *foro communi*, ubi verba illa locum invenire poſſunt in eo, quem Procurator ex poteſtate Legis & *ſuo jure* ſubſtituit. Hinc ante Litis conteſtationem nil utique operabuntur. Berlich. *II. Dec.* 274. In *Foro* tamen *Saxonico*, ubi nulla eſt niſi *ex voluntate Principalis* ſubſtitutio, in dicto caſu & *ſimilibus*, quoties nempe *dubium* patitur ſubſtitutio, ſubſtitutus admitti debet, ſi caveat, *ratihabiturum* eſſe *Dominum*; ſicut in *communi Foro*, quando Procurator jure ſuo ſubſtituit, *ſed* de mandato ſubſtitutorio dubitatur, cavendum eſt, ratihabiturum *ſubſtituentem*; *l.* 6. *pr. de Cond. Indeb. l.* 87. *de ſolut.* quippe quod de Domini *Mandato Principali* nullum h. c. ſubſit dubium. Berlich. 1. *Concl.* 14. *num.* 62.

§. XIX.

Sicut autem *ſubſtituti* non alia, quam Procuratoris ſubſtituentis, ſaltem non major, *poteſtas* eſt. (Unde quando Procurator ſubſtitutum ad *proſequendum* appellationem miſerit, appellatio deſerta pronunciatur. *arg. l.* 17. *C. de Procur.*) Ita quando ſubſtituens Procurator *proprio* jure ſubſtituit, & *re integra* moritur, ſubſtituti quoque poteſtas expirat: Berlich. *II. Dec.* 274. *n.* 11. (ſicut *lite conteſtata*, aut ſi Dominus pro ſuo Procuratore *caviſſet*, quamvis *lite nec dum conteſtata*, ſubſtitutus poteſt ac debet continuare *officium* ſuum, *l.* 15. *pr. ff. & l.* 23. *C. de Procur. l.* 23. *d. re jud.* Mynſ. *II. O.* 84. neque novo heredum mandato indiget. *arg. l.* 17. *§.* 1. *de Procur.* Uti hi *moribus* ad *reaſſumendum*, ſi Mandatum in *heredes* directum non fuerit, citentur.) Secus quando ex ſpeciali *permiſſione Domini* ſubſtituiſſet: nam ita mor-

morte ſubſtituentis, licet *re integra*, non expirat, quoniam à *Principalis* perſona *facultas* illa *agendi* pendet: maxime quod *Procurator* ſubſtituens ſuam poteſtatem *tranſtulerit* in ſubſtitutum, ut nil ulterius in cauſa iſta agere potuerit. Id. *d. l. n.* 10 *ſeqq.* Hinc facile patet, quare in *Judiciis Saxonicis* per mortem ſubſtituentis mandatum ſubſtituti non expiret: Carpz. *T.* 5. *a.* 1. *n.* 44 *& a.* 5. *n.* 28. 29. 39. *&* 3. *Dec.* 202. *n.* 26. *ſeqq.* quoniam ibi nulla niſi ex *voluntate Domini* admittitur ſubſtitutio. Quapropter etiam *eo Foro Dominus ſubſtituto obligatur*, non ſubſtituens: cum ne quidem illi *communi jure ſubſtituens*, etiam qui talis eſt ex poteſtate Legis, obſtringatur: quippe quod ne ſic quidem *proprio*, ſed *officii nomine*, Procurator ſubſtituat. Carpz. *IV. Reſp.* 80. *num.* 8. Berlich. *I. Dec.* 15. *num.* 6.

§. XX.

Denique num *Subſtitutus* rurſus *alium* poſſit ſubſtituere? Qu. Non poteſt; quamvis illam *ſubſtituendi poteſtatem* ei dederit *Procurator*. Carpz. *t. V. a.* 5. *Proc. n.* 9. *ſeqq.* ne quidem *poſt Litis conteſtationem*; licet ita Puteus *Dec. VIII.* & Mynſ. *I. O.* 43. ſtatuant, quod nempe ſubſtitutus talis per Conſtitutum, ad hoc *ſpeciale Mandatum* habentem, cenſeatur à Domino conſtitutus eſſe; atque hinc, *poſt Litis conteſtationem* per eum, poſſit alium ſubſtituere. Nam Principalis quidem certus eſt de dexteritate ſubſtituentis; ſed non etiam de induſtria ſubſtituti; vid. Carpz. 3. *Dec.* 297. *n.* 5. *ſeqq. d. t.* 5. *a.* 5. *Proc. n.* 11. Umm. *D.* 3. *ad Proc. th.* 3. *n.* 11. Ut igitur ſubſtituere & ipſe ſubſtitutus poſſit, requiritur, ut eidem ejus poteſtatem *Principalis diſerte* in Procuratorio dederit. Daß auch deſſen Subſtitutis, und dieſer Subſtituirten, freyſtehen ſolle, anderweit und noch ferner, zu ſubſtituiren: qua ratione Dominus approbaſſe omnes ſubſtitutos, ſecundum, tertium & *ulteriorem*, cenſebitur.

§. XXI.

De Procuratore extrajudiciali, ſive ad negotia, tenendum eſt, quod ille *ſubſtituere* poſſit alium *regulariter*; quamvis ejus rei poteſtatem expreſſam non habeat; *l.* 8. §. 2. *Mand. l.* 6. *Quod vi a. clam. l.* 33. *C. de Donat. l.* 8. §. 3. *de Procurat. c.* 4. *eod. in* 6. idque vi ac poteſtate *juris*;

ris; Mev. *V. D.* 177. *n.* 4. modo *supparem* substituat. Wissenb. *Disp.* 22. *ad D. n.* 15. Hinc quando *forma* mandati *certa* Procuratori data est, tunc facilius substituere potest; quia & sic industria personæ non est electa. Castrens. *in l.* 22. §. 12. *de Solut. matrim.* Nam si *industriam* personæ Mandans elegerit, atque istud saltem *præsumi* queat: substitutio locum non habet. *l. pen.* §. 2. *de divers. & temp. præscr. arg. c. ult. de Procur. in* 6. Salycet. *ad l.* 8. *C. de Procur.* Unde nec ad *universa negotia* datus Procurator alium substituere *in universum* potest; nisi ei hoc specialiter concessum sit. *c.* 3. *de Procur. in* 6. Potest solum in *uno* rerum *alterove* articulo. Multo minus ille substituere poterit, cui hoc Dominus *diserte inhibuit.*

§. XXII.

Superest ut experiamur, qua *Forma Universitates*, (seu hominum *communitas*, sive *secularis* sive *Ecclesiastica*; ista vel *superior*, ut Civitatum & Collegiorum præcipuorum, vel *inferior*, ut Opificum, Pagorum,) Mandatarios constituant; cum non nisi *per alios* in Judicio versari possint; *t. t. Quod cujusque Univ. nom. l.* 4. *d. fideic. lib.* Carpz. 7. 5. *a.* 4. *Proc & Const.* 13. *def.* 5. item 1. *Dec.* 26. (nisi quod *parva* universitas ex paucis Capitibus cum Procuratore, vel potius *Advocato*, omnino audienda sit: Brunnem. *ad l.* 2. *Quod cuj. univ. nom.* quod & *usus* servat: quanquam hunc etiam re ipsa *Syndicum* habendum esse constet, qui absentium quoque causam tueri queat, quando *uno Termino* vel præsentibus principalibus non conficeretur.) Hinc etiam in *Syndicum sententia*, quoad hæc, quæ per ipsum *peragi* queunt, aut *procurari*, concipi potest; (quanquam & *in ipsam Universitatem* dirigatur, cumprimis quando causam *Principalem* attinet:) licet *executio* in Civitatem v. g. fiat. *l.* 7. *d. t.*

§. XXIII.

Sicut autem Universitates *diversimode* constitutæ sunt. Ita ubi *Senatus* quidam præest Civitati v. c. cui *Administratio* concredita est; ibi Syndicum, qui causam Civitatis agat, à *Senatu & Consulibus*, seu Capitibus ejus, constitui sufficit; *l.* 3 *l.* 6. §. 1. *Quod cuj. univ. nom.* Mev. 2. *D.* 35. *seq.* nec necesse est, ut *Tribunor. plebis*, communiter

Die

der Viertelsmeister, Auctoritas accedat; Rauchbar. *P. 2. q. 1.* Carpz. *1. 13. 7. d. art. 4. n. 26. seq. l. 3. t. 1. R. 9 n. 5.* Bruning. *concl. 69. d. Universit.* Gylm. *Tom. I. Symphor. Cam. tit. 2. p. 68. n. 3. & seqq.* ne quidem *Senatus amplioris*, der weiteren oder mehreren Räthe; ubi duo vel tria Collegia Senatus habet: quorum ultimum quandoque ex ipsis *Tribunis* constitutum esse solet: nisi & omnium ejusmodi Senatuum auctoritatem requirat in causis *judiciariis* suscipiendis, *loci consuetudo* peculiaris. vid. Mynf. *1. O. 76.* Hinc sufficit, quando Syndicus *unus pluresque*, (quorum quidem unus *sine altero*, nec communi jure, in Foro admittitur, sicut in *Tutoribus* obtinet; quippe quod *transitoria* sit hæc Syndici & ad *certam causam* functio,) exhibeant, Syndicatum sive Mandatum suum; quod appositum habeat *Sigillum Civitatis*; (quod & *solum* pro blanceto, in primo termino, & plus quam tali, admittitur; ut deinde, accedente etiam *subscriptione Consulis*, vel *Actuarii*, pro stylo Senatus, extendatur,) quamvis nullam *subscriptionem* habeat. Carpz. *3. Resp. 9.* Nam licet in contractibus Civitatis, qui ad *alienationem* vergunt, *decretum* intercedat; tamen hic contractus, quo judicium accipitur, talis non est: indeque constitutio Syndici etiam citra decretum valet. Carpz. 1. *const. 13. def. 7. n. 5.*

§. XXIV.

Quoties vero *Tribunorum* quoque *consensus* necessarius est: toties insuper Syndicum oportet una docere, quod Tribuni, quippe qui variare solent, legitime *constituti* sint. Carpz. *d. Resp. 9. n. 8. seqq. 2. Dec. 205. n. 5. seq.* Sic & nomine *Tribunorum* (Syndicus se legitimat, quando) hi adversus Senatum forte experiri volunt; *dd. ll. & Tit. 5. Proc. art. 4. n. 46.* Atque si Tribuni absque *civium convocatione* tale quid suscipere non solent, oportet una Syndicum de *convocatione*, & quod *major* civium *pars* in ipsum consenserit, docere, Instrumento *Syndicatus* vel *aliter*. Carpz. *d. Resp. 9.* Ex quo patet, aliam esse litium rationem, quæ ad *Administrationem* pertinet, concreditam Consulibus & Senatui à Civibus: aliam *conventionum*, quæ ad Alienationem bonorum Civitatis per se tendunt; quippe quod in his *omnium Civium* consensus necessarius sit: Idem Carpz. *d. def. 7. n. 3. & art. 4. n. 29. d. add.* Dd. *ad l. 27. de Reb. Cred.* nisi in illis *observantia* diversum

induxerit: quæ tamen eo vergere non poteſt, ut ultra Bona communia Civitatis, obſtringi etiam poſſint facultates Civium *ſingulorum*, ſi non hi ſuper illo negotio *ſinguli* audiantur, & conſentiant, aut ſaltem diſſentire non poſſint.

§. XXV.

In *reliquis Univerſitatibus*, quæ certis perſonis aut collegiis cauſas ſuas *non crediderunt*, ut ſunt *Collegia* ipſa ſola, item villæ & pagi, neceſſe eſt, ut *omnia membra* ad conſtituendum Syndicum concurrant, *l.* 2. *Quod. cuj. univ.* Carpz. *I,* 13. 8. quorum deinde major pars rem conficit. *l.* 5. 4. *eod.* Carpz. *I. Dec.* 28. *n.* 6. h, e. ut *adſint* ex *convocatis omnibus duæ tertiæ*, *d. l.* 3. *& l.* 45. *C. de Decur.* & ex his *major pars* in perſonas Syndicor. conſentiat. *l.* 19. *ad Municip.* Aſt Schultzen und Heimbürgen, Syndicum conſtituere non poſſunt. Idem Carpz. *I.* 13. 8. Quapropter licet in pagis & ſimilibus etiam *pupillos* & *minores*, item *Viduas*, adſciſci oporteat, *l.* 6. §. 3. *Quod cuj. univ. nom.* Carpz. *d. Conſt.* 13 *d.* 8. indeque Syndico Pagi incumbat, ut una cum Syndicatu ſuo *Tutoria* & *Curatoria* illorum conſtituentium (ſicut alias Procur. ſive Actor in CC. *minorum,*) producat. Carpz. *d. def.* 8. *& l.* 3. *t.* 1. *R.* 9. *n.* 15. Quod ſi tamen ex Syndicatu conſtet, *majorem partem* in ejusd. conſtitutionem conſenſiſſe: productionem illorum Tutoriorum & Curatoriorum non amplius deſiderari, facile conſtat; modo certum ſit, quod *ad deliberationem* de Syndico conſtituendo Tutores hi & Curatores, vel Curandæ ipſorum, una *accita* fuerint. Et quoniam de ſingulorum convocatione, & votis comparentium, doceri debet: hinc vel *Notarius* cum teſtibus aſſumitur, qui deſuper inſtrumentum conficiat; inque eo, quod *Tutoria* & *Curatoria* ſibi exhibita fuerint, memoret. Carpz. *d. art.* 4. *n.* 43. *ſeqq.* Idque *nulla* conſtituentium *ſubſcriptione* indiget: *n.* 38. *ſeqq.* Sicuti quoque neceſſe non eſt ut *nomina conſtituentium* exprimat; quæ tamen ut plurimum à Notariis etiam referuntur: *n.* 36. cum difficile ſit, ut ruſtici v. c. Syndicatum conficiant ſoli, ſuaque nomina ſinguli, eorumve pars major, ſubſcribant; quod quidem in Syndicatu *extrajudiciali* & *privata ſcriptura* conſtat, requiritur: Carpz. *d. art.* 4. *n.* 33. *ſeq.* & *Reſp.* 9. & in eo in vicem pupillorum quoque & ſim. *Tutores* atque *Curatores* ſubſcribere debent; Ant. Fab. *Lib.* 2. *C. S. T.* 6. *def.* 7. *n.* 5. vel præcipui ſaltem,

ſaltem, ſi non omnes, ex Pago *Magiſtratum* ſuum, velut *Præfectum*, adeunt, ut ille Syndicatum *Judicialem*, (ut *Notarius* extra judicium,) *ſigillo* Præfecturæ ſuaque *ſubſcriptione* roboratum, ſuper illa conſtitutione, conficiat; Berlich. 1. *conſl.* 15. idque ſive *Syndicos ex ſe* aliquos, ſive etiam extra ſe *alios* eligant, qui cauſam ipſorum ipſi agant, aliosve ceu *Actores* ſubſtituant. Utique ſi ſolum aliqui ex Collegio quodam litigare volent, illi non conſtituent Syndicum, quia partem majorem non conficiunt; ſed ut *ſingulos* litem inſtruere oportet; vid. Brunnem. *III. Dec.* 55. Quod vero de Univerſitate diximus, quæ *nullo præſidio* regitur: illud nihilominus peculiarem rationem ſortitur in his, quæ *ex ſe Regimen* quoddam, ad obeunda negotia Collegii, conſtitutum habent; ad modum, de quo *ſupra* circa *Senatum* Civitatum vidimus. Sic enim quando familia quædam nobilis, ein Adeliches Geſchlecht, litem habet, omnino ſufficit, quando præſentes, auf ihrem Geſchlechts-Tag, *Syndicum* aliquem eligunt; (vel etiam *Seniores*, ſi ita obſervantia obtineat, die Geſchlechts-Aelteſten,) nec adeo, ut omnes & ſinguli de Familia Syndicatum conficiant, multoque minus ſubſcribant, oder daß ſie daſſelbe vollziehen, requiritur.

§. XXVI.

Quoad Collegia *Eccleſiaſtica*, poteſt quidem *Prælatus* vel *Abbas* in aliquibus per ſe *ſolus* lites agere, atque Procuratorem conſtituere; in arduis tamen & novis, iisque præjudicialibus, *Conſenſu Capituli* aut *Conventus* indiget: *c.* 21. *x. de Reſcr. t. x. de his quæ fiunt à Prælat. & tit. ſeq.* ita quoque *Syndicum* conſtitui oportet, isque tunc *morte Prælati* Syndicatu novo non indiget, quippe à Collegio conſtitutus. Anton. Barra *contr. t.* 31. *n.* 4. In iſto Syndicatu vero ut nomina conſtituentium *ſingula* exprimantur, neceſſe non eſt; quin & *majorem partem* Capituli in Syndicum conſentire ſufficit; verum ut Syndicatus nomine Prælati & Conventus concipiatur, atque *Sigillo Capituli* muniatur; cum alias ut Prælati Sigillum & ſubſcriptio adhibeatur, ſatis fuerit. Graſſis *Dec.* 9. Non etiam in Syndicatu dicendum eſt, dediſſe illum *Canonicos* ſeu *Monachos*, (ſi vel maxime ſolum Capitulum vel ſolus Conventus litiget,) vel etiam Abbatem cum *Monachis* aut conſilio *eorum*: nam hoc poſſet in duobus verificari de Capitulo aut Conventu, qui

majorem partem non constituunt. Mynf. *I. O.* 76. & *III. O.* 18. Menoch. 1. *Conf.* 73. *n.* 6. (idemque est, si dictum fuerit, quod *Cives* Syndicum constituerint: Mynf. *d. l.*) Unde etiam Mandatum adversarii concipi debet non adv. Abbt und die Münche, sed Abbatem & *Conventum.* Mantica *Lib.* 7. *d. T. A. Conv. Tit.* 14. *n.* 3. Quid si vero *aliqui de Capitulo reclamaverint?* Si *major* fuerit *pars*, Syndicatus non subsistit. *Minor* autem de lite illa participare censetur, ut fecisse cum majori parte existimanda sit. Et tamen in his, quæ ad *periculum animæ* singulorum pertinent, v. c. in *juramentis*, omnino à cæteris recedere possunt; vid. Brunnem. *d. Dec.* 55. ubi etiam notat, quod si *plerique successores* in Capitulo litem *reprobent*, eidem renunciandum esse. Illud Qu. si *Canonici omnes*, in loco Capituli *congregati*, ad *causam Capituli*, nomine suarum Præbendarum vel Dignitatum, Mandatarium constituerint, etiam *bona* Capituli *obligando*; (quod fieri potest *nominibus* quoque oppignorantium *propriis*:) an ita Procuratorem *nomine Capituli* constituisse censendi sint? Negat hoc Bellamera *Dec.* 10. & 108. Sed potius esse, ut quisque suo nomine ad constitutionem concurrisse censeatur: qua ratione non Syndicus ille sed *Procurator* erit, qui causam singulis communem agat.

CAPUT III.

De Formis, quæ ad Subjectum Procuratelæ pertinent.

SUMMARIA.

1. *Subjectum occupans, in pluribus etiam Procuratoribus, versari, unius principalis, aut heredum ejus; vel plurium.*
2. *Duorum Procuratorum, qui separatim, sed eodem tempore, ab uno dantur, neutrum admitti; si non alia prævalentis argumenta appareant.*
3. *Plures simul uno Jure Civ. nec pro Actore nec pro reo, locum invenire; junctim datis sed Jure Canonico admitti sive fuerint, sive quilibet eorum in solidum.*

4. Qui-

4. *Quinam in solidum constituti censeantur? Non videri hoc per cl. cum libera. Et quid si Judex unum eorum admiserit?*
5. *Ex pluribus praeoccupantem praeferri; & quid si hic deinde cesset? Non attendi praeoccupationem inter junctim datos; sed tamen si in solidum dati sint, licet principalis praeoccupationem inhibuerit.*
6. *Judex curet, ut ad unum res deducatur; quod simpliciter fieri debet in Spiritualibus; nisi cum à diversis constituti sunt.*
7. *Plures heredes unius Actoris plures quoque Procuratores constituere possunt; Sed non etiam Rei heredes, quando lis cum defuncto jam cœpta est.*
8. *Etiam hic curet Judex, ut plures unum constituant; modo illud negotii conditio ferat.*
9. *Syndicorum quemque censeri datum in solidum; (& cur diversum in hoc à Procuratoribus obtineat?) Quid de pluribus Tutoribus, & Curatoribus Mulierum?*
10. *Mandatarios etiam extrajudiciales aliquando junctim, sed & sæpius in solidum constitui; & quando hoc actum videri queat? In Mercatoribus id semper actum esse censeri.*
11. *Praeoccupationem in his quoque obtinere; idque etiam per actum sine effectu. Et num unus ab altero debitum exigere possit? Teneri singulos in solidum, & quid de exc. divisionis & excussionis?*
12. *Subjectum recipiens non pati Extensionem, ne quidem ex qualibet generali clausula. Qui contra omnes constitutus est, eum non posse admitti contra Universitatem. Quid si omnes rei expressi non sint?*

§. I.

AD Subjectum Procuratelæ progredimur: quod vel occupans est, ipse scil. *Procurator*, vel recipiens, sive is, *adv. quem* ille experitur. Et quidem de Procuratoribus uno pluribus, (deinde etiam de *Syndicis*,) potissimum *h. l.* experiendum est: quos aut unus iterum vel *unius heredes*, aut plures constituunt.

§. II.

Plane si duo Procuratores *separatim*, quisque peculiari mandato dati fuerint, eadem die, (alias enim *posterioris* datione cessat prior *l.* 31. *§ fin. de Procur. l.* 32. *eod. c.* 14. *x. h. t.*) ut non appareat, uternam illo-

rum verus Procurator sit, videbatur quod judex unum eligere possit, *arg. l.* 41. *d. damn. inf. l.* 16. *de accus.* vel si Domino expedire illud videatur, uterque admitti queat. Sed verius est, cum non constet, uternam illorum revocatus sit: unum altero destrui, & sibi Dominum imputare debere, quod indiscrete illos constituerit. Tunc autem potest constare, utrum voluerit Principalis, ut non uterque concidat, quando nempe uni data est *minor potestas*, quam alteri; aut quando unus datus est cum cl. *de non revocando* per hoc alium. Boër. *Dec.* 311. *n.* 2. Sic & quando unum mandatum est *angustius* altero; quo casu strictius illud prævalebit. *arg. l.* 47. *de Legat.* 2. Quin & generali per *speciale* derogatum censetur. *c. non injuste de Procur. c.* 1. *de Rescript.* Mascard. *concl.* 1015. *de Prob. num.* 26.

§. III.

Cæterum *plures* simul uno Procuratores *Jure Civili* ad *litem* unam constituere non licet, *l.* 31. §. 1. *de Procur.* ne in plures adversarios ob eam quis distringatur. *l.* 2. *de exercit. act. l.* 31. §. 1. *de ædil. ed. l.* 5. §. 7. *judic. solvi.* Neque adeo ut singuli *in solidum* procuratelam agant, admittitur; *l.* 32. *de Procur.* (saltem quod *præoccupans unus* admittatur, in casu quem nunc dicemus; multoque minus ut ex pluribus quilibet *pro rata* experiantur; *l.* 38. *d. t.* sive pro *actore* sive pro *reo:* nam id non potest non difficilem causam reddere & impeditam parti alteri: quin & ad causam agendam vel defendendam constituuntur, quæ *facta* sunt: Facta autem divisionem non recipiunt Sed *Canonico jure* si duo simul uno mandato constituti fuerint, *ambo* admittendi sunt: *c.* 6. *x. de Procur.* neque unus sine altero agere potest Ricc. *Dec.* 144. (*add.* Carpz. 3. *R.* 12. ubi *d. Tutoribus*, & R. A. 1654. §. 100.) nisi expressum sit, *in solidum* ambos constitutos esse: qua ratione *occupatio* locum invenit; quod in *Foro* receptum est: Carpz. 1. *Dec.* 26. *n.* 10. Mynf. 1. *O.* 47. ubi & de *Camera Imp.* Ricc. *d. l.* cum tamen *Jure Civ. occupatio* unius ex pluribus locum habeat: non tantum si plures dati fuerint *in solidum*, *l.* 33. *de Procur.* sed & si quando dati fuerint *simpliciter*: quoniam per *Jus Civile*, quia ibi plures non admittuntur, intelligi debent singuli eorum dati esse *in solidum*; licet verbis illis: *in solidum* expresse non adjectis: *l.* 60. §. 2. *Mand. l.* 55. *de admin. tut. l.* 38. *de Procur.*

§. IV.

§. IV.

Censentur vero dati esse *in solidum*, quando dictum est in Formula *utrumque eorum*; quamvis non addatur, *in solidum.* Mynſ. 1. *O*. 47. ubi *præjud. Cam.* aut si dixerit: *quemlibet illorum*: nam hæc vox *distributiva* est. Phil. Francus *in d. C. si duo. de Procur. in* 6. junct. *l.* 44. *princ. d. Leg.* 2. item: *Titius vel Sejus esto Procurator*: quippe quod hoc casu *disjunctum* resolvatur in simplex, per susceptionem litis cum alterutro; *l. f. C. de V. S.* indeque *Civ.* etiam *jure* hæc constitutio valeat; non impediente *l.* 2. *de Procurat.* Clausula vero samt und sonders efficit, ut *vel* unus admittatur *solus*, *vel plures*, aut conjunctim *omnes*. Quin & tunc constituti esse putantur in solidum, quando quis plures quidem constituit, non adjecto in solidum, inferius autem in mandati *Clausula ratihabitionis* dicit: *quicquid unus ipsorum fecerit, ratihabebo*. Puteus *III. Dec.* 48. Mantica *VII. d. T. A. C. Tit.* 17. *n.* 7. Ricc. *d. Dec.* 144. nam licet *cl. executiva* non extendat; *declarat* tamen. Quod vero Mascardus putat, *de Probat. concl.* 1308. *n.* 4. mandatum *cum libera* datum duobus, itidem importare potestatem in solidum: quia neuter eorum alias dici possit habere mandatum *cum libera*, quod absque altero expedire ei non liceat: illud recipiendum non est: quin potius illi potestatem *cum libera* habebunt; idque *junctim*, non divisim. Puteus *I. Dec.* 71. Aretin. *conſ.* 66. Mantica *d. Lib. VII. d. T. A. C. tit.* 17. *n.* 9. ubi idem esse docet, quamvis *utrique exemplar peculiare* Mandati præbitum fuerit. Sane quando *Judex admisit* unum ex pluribus, parte adversa consentiente, valebit hoc quod actum est; *arg. l.* 4. §. 17. *de ædil. act.* saltem mandatum rite executus sit: quoniam ideo plurium constitutio permissa est *Jure Canonico*, si uni non confidere cupiat principalis. Itaque ratione *partis adversæ* etiam impugnare gestum non potest. *arg. l.* 12. §. 1. *de Jur. dot.* Oldrad. *conſ.* 130. *n.* 9.

§. V.

Quisquis igitur ex duobus vel pluribus, in solidum datis, *per litis contestationem* (neque enim eo valet *actus* susceptus ante litis contestationem *alius*,) *præoccupaverit*: ille Dominus litis factus alterum deinde excludit; *c. si duo. de Procur. in* 6. *c. non injuste* 14. *x. de Procur.*

etiam

etiam jure civili. *l.* 32. *de Procur. L.* 11. *eod.* junct. *L.* 44. §. 1. *de Legat.* 2. nec alter sine novo mandato admittitur. Hering. *c.* 20. *de fidejuss.* §. 37. *n.* 5.7. (Diversum in *judicibus* pluribus *delegatis* obtinet; *c.* 8. *x. de Off. jud. deleg.* cum plures judices adeo se non impediant, ut potius melius rem expedire censeantur.) Quod si vero adjecisset constituens; *non debere esse meliorem conditionem occupantis*: Ita quidem adh. debet esse melioris conditionis, qui litem contestatus est, & solus admittetur. *c.* 6. *de Procur. in* 6. Quod si tamen hunc, qui occupavit, impediri contingat, aut forte prosequi litem nolit; sicut ei jure licet: *alter vel reliqui* inchoatam litem perficere possunt; vid. *l. licet C. de Procur.* Mantic. *Lib. VII. tit.* 17. *n.* 2. *d. T. A. C.* modo alium sibi prior ille qui præoccupaverat non *substituisset. d. c. si duo pr. de Procur. in* 6. Alias si is qui præoccupavit per litis contestationem, postea cesset à causa prosequenda, *nullo substituto*, non potest deinde causam *reassumere*, nisi & alter Conprocurator, qui causam dehinc loco prioris suscepit, impeditus sit. *d. c. si duo* §. *cæterum.* Nam hic non posset sibi alium *substituere*, quippe litem non contestatus. Quod si etiam duo Procuratores in solidum dati *simul ambo litem contestentur*, unus postea non minus litem *solus* prosequi potest. Dd. *in c. præsentium. x. de Testibus.* Phil. Francus *ad d. c. si duo pr. de Procur in* 6. *n.* 6. nisi minor contra litem contestatam fuerit *restitutus*: nam ita rursus in priorem statum causa reponeretur. Cæterum si duo vel plures constituti sint Procuratores, non adjecta clausula *in solidum*: ita *junctim* constituti censebuntur, ut non possit unus illorum admitti sine altero; indeque *praeoccupatio* locum non habeat. *d. c. si duo. l.* 44. *pr. de Leg.* 2.

§. VI.

Debet vero ubique Judex prospicere, ne si plures ab uno in solidum constituti sint Procuratores, unus alterum *impediat*; sicque fraus fiat judicio; *c. prudentiam* §. 1. *de off. deleg.* quod & fieri potest multo magis, si *junctim* constituti fuerint. Hinc si in causis *Spiritualibus* plures dati fuerint non in solidum, potest Judex ob favorem singularem causæ, ne protrahatur, vid. *c. fin. d. Elect. in* 6. *& c. statum. x. de ordin. cogn.*) unum eligere, (cum non videatur id facere velle *Dominus*, cujus alioqui intererat, vid. *l.* 36. *de Bonis libert.* & quemlibet

pro

proidoneo, nec tamen aliquem eorum absque altero talem existimare;) indeque multo magis potestatem eligendi habebit Judex, quando principalis in mandato: *ne alter sine altero se intromittere posset*, enixe prohibuisset; neque enim illa prohibitio contra dispositionem juris quid operatur. *arg. c. pen. de Elect. in* 6. Atque sic ex cæteris deinde non admittetur alius, nisi electus causam aut prosequi nolit; aut non possit; quod quidem in his causis Spiritualibus peculiare est *c. si duo. vers. sane de Procur. in* 6. Quod si etiam *unus processit*, reliquis non contradicentibus: quid enim si illi non tardassent negotium: (non aliter non videtur Judicem eligere unum ex pluribus posse; quasi scilicet nunquam in causis Spiritualibus plures uno Procuratores, etiam non in solidum esse queant, nam illud nullibi constitutum est, *arg. d. vers. Sane.*) ita censebitur ille electus quasi à judice, & gesta ab eo valent. Mantica *L. VII. d. T. A. C. tit.* 17. *in fin.* Ph. Francus *ad d. c. n.* 2. Utique si morentur Procuratores illi negotium, ipsius quoque Domini interest, unum ex his per Judicem eligi; secus contra ipsum *ut contumacem* procedi posset. Idem *ad d. vers. n* 3. In illis vero Procuratoribus, quos in causis ejusmodi Dominus *in solidum* constituit, non idem est; indeque cum sic cesset ratio, eligere Judex aliquem ex iis non potest. *d vers. Sane.* Admittendi etiam sunt Procuratores plures in *Spiritualibus* constituti *à diversis Dominis. arg. c.* 19. *x. de Judic.* Ph. Franc. *d. n.* 3.

§. VII.

Porro si unius defuncti *plures heredes* fuerint, distinguendum est, *ex l.* 4. §. 7. *judicatum solvi.* ut quidem pluribus heredibus unius *Actoris* non imponatur necessitas, ut per unum Procuratorem litigent; *d.* §. 7. Vincent. Franch. 2. *Dec.* 309. Secus atque in heredibus unius rei: *eod.* §. 7. quod tamen solum procedere volunt, quando *judicium* cum defuncto jam *cœptum* est: nam ita incommodo affici actorem, si in plures defensio scinderetur; *l* 48. *fam. ercisc.* ibi: *unus ex litigatoribus decesserit. l.* 31. §. 5. *d. ædil. ed.* Steph. Gratian. *Dec.* 107. *n.* 5. *seqq.* Alias, *nondum cœpto judicio*, sicut ipsum judicium dividi possit, & imo actio jam divisa sit inter heredes ipso jure: ita etiam h. c. quemlibet heredum, atque non secus circa res hereditarias divisas alias, etiam circa actiones crediti divisi, Procuratorem suum peculiarem constituere

non prohiberi; Dd. *ad d. l.* 4. §. 7. *&* Mastrill. *Dec.* 107. ac si plures ab initio fuerint debitores: nam illi cum pro una persona reputari non possint, ideo quisque eorum suum Procuratorem recte constituit.

§. VIII.

Enimvero, quantum fieri potest, & hic providere Judex debet, ut si maxime *plures Principales* sint, tamen *unum Procuratorem* constituant; *arg. d. l.* 4. §. 7. *judic. solv. & arg. d. l.* 48. *famil. erc.* præterquam si in unum cadere sententia non possit, sed *diversas intentiones* habeant, ut singulorum vicem substineant; sicut etiam quando plures *coheredes inter se* mutuas habent actiones, ut est *F. E. actio*: nam ita non potest aliter, quam ut diversis Procuratoribus experiantur. *l.* 42. §. 6. *de Procurat.* Mevius *IV. Dec.* 63. Cæterum ubi natura rei & negotii patitur, sive *actores* plures sive *rei* sint, & sive *cœptum* sit *judicium* sive *non*, injungere Judex partibus debet, ut *unum* Procuratorem constituant: Gratian. *d. Dec.* 107. *n.* 8. id quod non minus cautum est in his, qui *redhibitoria* conveniuntur. *l.* 31. §. 5. *ff. & l.* 4. *C. de ædil. ed.* Gratian. *d. l. num.* 11.

§. IX.

Quamvis autem, quod Syndicos concernit, nonnulli opinentur, quod unus ipsorum non recte compareat, nisi omnes diserte in *solidum* constituti sint; ut in Procuratoribus hoc servatur. *l.* 32. *de Procur. c.* 6. *eod. in* 6. Tamen verior est sententia, quod omnes in solidum constituti censeantur; etiamsi hoc expresse dictum non fuerit: indeque unus absque altero admittatur, quasi samt und sonders constituti sint: Losæus *P.* 1. *de Jurib. Univ. c.* 3. *n.* 118. Carpz. *Tit. V. Proc. art.* 4. *n.* 49. 50. *seqq. &* 1. *Dec.* 26. ubi *n.* 7. de *observantia* item 1. *Const.* 1. *d.* 26. Ziegler. *ad Libr. III. Lancell. tit.* 2. §. 6. Quod ideo placuit, ut expediri causa Universitatis possit; sive omnes sive unus, vel nunc iste, nunc alius compareant: unde nec *præoccupatio* aliqua, ut in Procuratoribus, obtinet. Nimirum ideo non facta est constitutio *plurium*, (si quæ facta est, ut *plerumque* etiam ob rationes sequentes fieri solet, Carpz. *d. Dec. n.* 3. *&* 1. *Const.* 13. *def.* 6. *n.* 2.) quasi in uno non consisa sit Universitas; sed quoniam quisque civium v. c. aut Col-

legarum,

legarum, qui præterea litibus non vacant, (cum non modo extranei, Carpz. *d. def. 6. & art. 4. n. 11. seqq.* sed plerumque ex ipsa Universitate, etiam litium imperiti ut plurimum, in Syndicos constituantur;) propriis quoque negotiis incumbere necesse habent, inviti etiam in hoc pertracti, gratuito quippe munere, & nullo inde ad ipsos perventuro emolumento; ut tamen suo quidem modo quisque eorum, secus ac Procurator, causam quadantenus propriam agat. Sic & *in Tutoribus*, ut quisque in solidum constitutus esse videatur, Legibus obtinet. *l. 3. § 6. & l. 24. §. 1. de Admin. tut. vel cur.* quod tamen plurium Judiciorum *moribus* immutatum est. vid. ChJ. S. P. O. *tit. 9.* ut supra est admonitum. Et sic in *Curatoribus* quoque *Mulierum* servatur, ut eorum quilibet in solidum experiri non possit. Carpz. *d. Const. 13. def. 6.*

§. X.

Quoad Mandatarios vero sive Procuratores extrajudiciales, si plures ipsorum *non in solidum* constituti fuerint: Illi simul omnes ad negotium accedere debent, nec quicquam unus absque altero valide suscipit. *c. 6. x. de Procur.* Secus si *in solidum* constituantur: quod nonnunquam ex *negotii natura* factum esse *putabitur*; ut quando dicitur, *restitui* debere *depositum aut Titio aut Sejo*: nam ita quisque horum erit Procurator in solidum: *arg. l. 82. de solut. l. 1. l. 36. Depos.* nec minus quando Procuratores habent mandatum ad *faciendum* aliquid *certum & determinatum*: quo casu itidem putant, quemlibet eorum solum id posse exequi, ac si omes fecissent: quoniam cæteri pariter sic facere tenerentur, nec possent aliter; Michael. Graff. *de Exec. ult. vol. qu. 4. n. 7.* Rimin. Sen. *cons. 435. n. 6. seq.* Franc. 4. *Dec. 622. n. 3.* ubi de *Executoribus ultimar. voluntatum*; quorum eadem est ratio. Videlicet ejusmodi Procuratorum quemlibet non nisi *executionem* habere, & contradictione cæterorum non posse trahi unum exequentem in eorum sententiam. Quod facilius admitti potest, si non diserte Dominus voluerit, eos *junctim* agere debere. Denique etiam de stylo *Mercatorum* volunt mandatum intelligi datum in solidum. Alex. *6. cons. 102. n. 12.* Corn. *3. cons. 319. n. 12. seq.*

§. XI.

Sicut autem, quando plures Mandatarii ejusmodi in solidum constituti sunt, *praeoccupatio* locum habet: ita quoque per quemlibet *actum*, *quem* aliquis eorum suscipit. *l.* 60. §. 2. *Mandat.* Jo. Andreæ *in c. pen. de Elect. in* 6. quamvis forte actus ille *de jure effectum non sortiatur:* (in quo Mandatariorum istorum conditio alia est à *judicibus delegatis*; quippe in quibus præoccupatio jurisdictionis per actum invalidum, v. c. illegitimæ citationis, non inducitur. *arg. c. pen. de foro compet.*) Qua ratione, si ex duobus ad præsentandum datis unus præsentet, & præsentatus renunciet: non poterit alter Mandatarius præsentare, ex quo primus præoccupaverit. Ph. Franc. *ad c. si duo pr. d. Procur. in* 6. Ita in specie si *plures* ad negotia Mandatarii, quorum *unus* est *Mandantis debitor*, *in solidum* constituti sint, quilibet cæterorum *ab isto* debitum *exigere* potest; *l.* 46. §. *fin. de Procur.* quamvis ei nominatim hoc mandatum non fuerit: sic enim & *tutorum* unus ab altero debitum pupilli potest exigere. Sed si *non in solidum* dati fuerint tales Mandatarii, non potest unus ab altero exigere; (quia nec id posset ab extraneo,) nisi hoc ei *nominatim* mandatum fuerit. Ita accipienda est *l.* 47. *cum l. seq. eod. Tenentur* vero plurium Mandatariorum singuli *in solidum*, qui in solidum constituti sunt; *d. l.* 60. §. 2. *Mand.* indeque si unus etiam experiatur, beneficio *divisionis* renunciare tenebitur: & si unus gesserit, cæteri beneficio *excussionis* se tueri, indeque & huic renunciare, possunt. *d. l.* & *ibid.* Gothofred.

§. XII.

Ratione subjecti recipientis, *adv. quem* scilicet Procuratela suscipitur: Mandatum *adv. certam personam* directum ad alias non extenditur; quamvis *clausulam generalem* habeat; nisi quod *in connexis* possit etiam porrigi ad eos, qui interesse sua putantes experiuntur. Verall. 2. *Dec.* 161. & Put. 3. *Dec.* 390. Unde contra *solum Titium* operabitur Mandatum hoc: *in tali causa contra Titium*, & *in aliis omnibus*, te Procuratorem constituo. *Idem* Puteus 1. *Dec.* 112. Utique *contra omnem* licet *personam* constitutus, non tamen agere adversus *Collegium*, Capitulum vel aliam *Universitatem*, potest. Ach. de Grassis *Dec.* 15.

An

An vero Mandatum, in quo *omnium reorum*, item *Procuratoris nomen*, non est expressum, valeat; vid. Modest. Pistor. 1. *Cons.* 34.

CAPUT IV.

De Formis ad Objectum relatis.

SUMMARIA.

1. *Procuratorem ad Judicium dari posse, vel ad Negotium extra Judicium; vel ad utrumque. Ad unum diserte constitutum, alterius potestatem non habere. In Judiciali v. genus causæ designandum: In Criminali quousque Procurator aut Curator litis admittantur.*
2. *Ad unum litis actum posse Procuratorem constitui: nunc tamen ubivis fere Judiciorum ad totam causam deputandum esse; secus si fiat Dominum pro absente habendum.*
3. *Mandatum ad Judicium non oportere expressos habere actus Processus, ne quidem principales. An Defensionem quoque Domini virtute sua contineat?*
4. *Quonam pertineat Mandatum, quod ad litem jam motam conceditur.*
5. *An qui Mandatum ad litem habet, possit executionem sententiæ impedire? an eam petere? Speciali opus esse mandato ad Arrestum, aliosve actus Executionis, separatim petendos; neque ratihabitionem sufficere.*
6. *Ad Petitorium constitutus, an Possessorium? & ad Principale deputatus an Præparatorium peragere possit?*
7. *An appellare possit Procurator, simpliciter ad causam datus? & an debeat? cumprimis ab interlocutoria? & de Denunciatione Domino facienda. Non requiri ad appellandi potestatem clausulam cum libera. Ad extrajudicialem Appellationem mandatum speciale desiderari.*
8. *Prosequi Procuratorem non posse Appellationem vi Mandati ad litem, præterquam ab Interlocutoria; & falsum esse Ant. Fabrum. Posse vero, qui Mandatum expressum ad appellandum habet; (neque tamen hoc indistincte,) & multo magis si habeat ad causam Appellationis; in quo Tabor notandus sit.*
9. *Inhibitionem impetrare, vi mandati ad primam instantiam, Procuratorem non posse.*

10. *Non posse Tertium leuterare vel appellare, ne quidem nomine Litigantis: posse Advocatum vel Procuratorem, etiam nullo mandato instructum; (idque ratihaberi posse,) qui tamen hoc non possit suo nomine. Admitti quoque Syndici, ut & Actoris Appellationem, sine mandato.*

11. *Plurium causarum Procuratorem ad earum quamlibet se legitimare debere.*

12. *Ad omnes constitutum, non posse futuras attingere regulariter: quamvis diserte quis ad futuras constitui possit; & cur non possit Syndicus? ut tamen si perpetui officii sit, pariter ut Curator generalis, futuras quoque suscipere & possit & debeat. Alicubi diserte Procuratorem stabilem constitui, & sic etiam ad futuras causas, debere. Tales cc. esse non minus eas, quæ ex Jure superventuro procedunt. Ad futuras datum Procuratorem, sub his etiam ad Spirituales mandatum habere censeri.*

13. *Ad Extrajudicialia datum Procuratorem aliquem universarum rerum vel bonorum esse. (Ab hoc discernendum eum, qui mandatum incertum habeat, qui & unius rei esse possit.) Esse etiam quendam causarum plurium.*

14. *Omnium bonorum Procuratorem non posse alienare, nisi ad damnum evitandum, æque ut Procurator quilibet alius: (Secus si cum libera mandatum aut speciale habeat.) An saltem pignus dare, an alienationi pignoris consentire, possit?*

15. *An item dare pecuniam? an solvere, & an indebitum? an exigere debitum, an recipere indebitum, an solum quod debitum est? Omnia hæc posse haud dubie illum, qui Procurator est cum libera.*

16. *Universarum rerum Procuratorem, imo etiam negotiorum, (regulariter) posse quoque causas judiciales suscipere, agendo, (etiam injuriarum,) & excipiendo. Quid si constituens una lites Tutorias habeat? Non semper expedire, ut actiones moveantur.*

17. *Quid possit Filiusf. vel Servus, qui Peculii Administrationem habet: an fidejubere, novare, pignori dare: & quid si habeat eam cum libera? Quid sit & Administratio magis libera.*

18. *Speciales Procuratores, sive particularis rei, distinguendos esse ab illis Specialibus, qui sic dicantur rat. Formæ; & non aliter, quam speciali Mandato, constitui possint. Ex præscripto agere specialem Procuratorem, eumque non nisi in expressis recte versari.*

19. *Et quando possit agere etiam non expressa?*

expressa? quando mutare expressa? De exactione iterum, postulatione, solutione, fide habenda, & simil.
20. *Quandoque coincidere significatum specialis Mandati objectivum & formalem.*
21. *Esse etiam prohibitionem specialem.*

§. I.

QUoniam Procuratores tum ad *Judicialia* constituuntur, tum etiam ad negotia & causas *extra judicium* peragendas; sive ut quis sit Procurator *in actionibus*, aut Procurator *in administratione rerum*; *l.* 33. *pr.* §. 1. *de Procurat.* ut tamen ad utrumque *unus* dari possit. *d. l.* 33. §. 1. Unde Procuratori *tantum ad actionem* facto, *l.* 13. *pr. de pact.* seu *litis*, *l.* 86. *de solut.* cui *specialiter* mandata est procuratio actionis, *l.* 13. §. 16. *de injur.* solvi non potest; *d. l.* 13. *pr. de pact. d. l.* 86. nisi etiam ad hoc datus sit: *d. l.* 86. & vicissim Procuratoris *tantum ad actionem facti conventio facta* non nocet Domino. *d. l.* 13. *pr. de pact.* Ideo si ad *alterutrum* constitutum velit Dominus, hoc indicare debet; & cumprimis etiam *in judicialibus* exprimere speciem causæ: quoniam in *criminali* causa Procurator, ne quidem ex parte *Actoris*, admittitur; *l.* 8. §. 2. *de Publ. Judic l. f. C. de Injur.* (excepto crimine *Injuriarum*, quod personæ *illustres* per Procuratorem persequi possunt. *d. l. f. & l.* 15. *C. de accusat.*) quanquam hodie *accusator* per Procuratorem recte experiatur. *art.* 12. P. H. O. Carpz. 3. *cr. qu.* 105. Ex parte *Rei* autem nec *veteri* nec *novo* Jure Procurator, nisi *veteri* jure *pœna* solum *pecuniaria*, *hodierno relegationis* vel *illa minor* esset, Carpz. *d. l. n.* 77. locum inveniat, (adeo ut *in cæteris* ne quidem ex parte *fœminæ* Curator admitti queat. Id. *n.* 58. *seqq.*) idque sive per *accusationem*, sive per *inquisitionem*, agatur. Menoch. *l. A. Q.* 80. Tum & *causæ aliæ* sunt, in quibus Procuratela *cessat*.

§. II.

Equidem ad *litem unam*, vel *plures*, quis constitui potest; imo ad omnes. Ad *actum* vero *unum* litis ut quis constituatur, *civili* quidem *jure* permissum est, *l.* 10. *C. de Procur.* ubi is, qui *plenam potestatem agendi* habet, opponitur ei qui *ad unam speciem* constitutus est: & sic etiam ad actum quemcunque *Jurisdictionis* singularem recte datur.

l. 8.

l. 8. *C. qui pet. tut.* vid. Ant. Fab. *II. C. S. Tit.* 6. *def.* 28. In *Camera* tamen *Imperiali* Mandatum nisi ad *totam* causam factum fuerit, non recipitur; Mynſ. *I. O.* 46. & in Jud. *Provinc. Jenensi*, F. H. O. c. 11. mandatum habere debet der Anwald, auf die gantze Sache; quod & plerumque servant *Judicia alia.* Hinc Ant. Faber *II. C. S. Tit.* 8. *def.* 6. non esse nullum tradit Decretum, quo Procurator *ad Judicium solum declinandum* constitutus in *Principalis negotii* causa condemnatus fuerat; postquam *in Judicio illo Saband.* Procuratorem instructum comparere oportuerat *ad totam causam.* Ut tamen melius *ipse* putet, Mandata ejusmodi *non recipere*, & sic Principales tanquam *contumaces* condemnare. In qua sententia Fabrum optima ratione usum fuisse, *contra Senatus vota* majora, existimandum est.

§. III.

Qui vero Mandatum habet *ad causam*, illum non oportet in eo *expressa* habere omnia, quæ vulgo *Formulis* inseruntur. Sic enim non opus est, ut in eo mentio fiat ne quidem *Litis contestationis*, *Conclusionis causæ*, *audiendæ Sententiæ*: cum illa satis expressa videantur, mandato licet *generali* dato. Mynſing. *IV. O.* 99. An autem Procurator *possit* Principalem *defendere*, si hoc expressum in Mandato non habeat? Qu. Dicendum est, Procuratorem *Actoris* eum defendere non modo *posse*, sed & *debere*; *l.* 33. §. 4. *l.* 43. §. 4. *de Procur.* licet dixisset Principalis: *tantum* ad agendum: quoniam videlicet hoc Lex postulat, ut nisi id fiat, Procuratori actio denegetur. *d. l.* 43. §. 4. *l.* Sed *Rei* mandatum *diserte* oportet directum esse, ad defendendum; alias in contumaciam ejus proceditur. *c.* 12. *x. eod.* Videl. defensio inest Actoris mandato *per consequentiam*, Rei vero Procuratorem *principaliter* ad defendendum constitutum esse oportet: Atque tunc ad defendendum Reum per Judicem *cogitur*, nec præstando *interesse* liberari potest; *l.* 8. §. 3. *de Procur. l.* 35. §. 3. *eod.* quando scil. *Reus* ipse *pro illo* præsente, vel non contradicente, *satisdederit d. l.* 8. *&* *l.* 35. ne fidem fallat Domino vel adversario, nisi & sic *justas causas* se excusandi habeat. *dd. txx.* Quod si vero ipse *Procurator satisdederit*, ad defendendum quidem etiam cogitur, *l.* 34. §. 6. *eod.* nec tamen hoc *præcise*; sed solum, ut *fidejussores* Adversario ad interesse teneantur; *l.* 45. *pr. de Procur.* ad quod

quod tamen ne quidem obstringuntur, si *justam causam* Procurator habeat, cur Reum non defenderit. *d. l.* 45. *& arg. l.* 35. §. 3. *l.* 8. §. 3 *eod.*

§. IV.

Quid vero si ad causam *jam motam* Procurator detur? Operatur hoc ipsum *ratificationem* eorum, quæ gesta sunt *per eundem Procuratorem*, antequam is mandatum susciperet; *l.* 11. *qui satisd. cog.* modo constituens eorum, quæ gesta sunt, *notitiam* habeat. Alexand. *V. cons.* 112.

§. V.

Cæterum qui mandatum *ad litem* habet, non etiam videtur mandatum habere *ad impediendum executionem sententiæ*; quippe quod lis per sententiam finiatur. Geminian. *ad c.* 1. §. *Sed si post rem. de Except. in* 6. Qui vero ad *causam peragendam* habet, ille ad *executionem coram eodem Judice*, sive *impediendam* sive *urgendam*, non indiget novo sive peculiari mandato; Puteus *I. Dec.* 376 quanquam Mandatis inseri soleat: Um Execution der Urtheil anhalten, und da dergleichen wider mich angeordnet würde, rechtliche zuläßige Executiones, darwider gebrauchen, selbige prosequiren, und darinnen ebenwohl zum Beschluß und Urtheil verfahren. Quod si vero per *actionem judicati* coram *alio judice* peti velit executio: ita peculiari mandato opus est. Put. *d. l.* quemadmodum & in *petitione executionis separata*, ut & *immissionis*, item *arresti petitione*, speciale mandatum exhibere oportet; Chf. S. P. O. *Tit.* 51. §. Von eines andern. sine quo nulliter alieno nomine petitur executio. Und wann auch mit der Hülffe schon verfahren wäre, und hernach diese Nullität movirt würde, pronunciandum est: Daß mit der wider Beklagten vollstreckten Hülffe nicht gebührend verfahren: Derowegen dieselbe hinwiederum billich cassiret wird. Adeo ut ne quidem *subsequens ratihabitatio* admittatur; quoniam actus à Lege reprobatus, per ratihabitionem convalescere non potest. *c.* 18. *d. R. j. in* 6. Zanger. *P. II. d. Except. c.* 8. *n.* 28.

§. VI.

Porro qui ad *Petitorium* constitutus est Procurator, censetur quoque ad *Præparatorium* ejus, (etiam si quod tale *possessorium* fuerit)

constitutus esse. *l. 56. l. 62. h.* Quod enim *simpliciter* ad *Possessorium*, etiam *non præparatorium*, datus esse censeatur, ut Wesenb. *n. de Proc. n.* 9. *aliique* volunt, illud ex *d. l.* 62 *h. t.* confici potest, nec *Fori usus* admittit.

§. VII.

Num vero *appellare* possit Procurator? Qu. Equidem non posse talem Procuratorem, qui *ad certum actum* constitutus est, *v. c.* ad audiendam sententiam, satis constat; ut ne quidem possit *ab interlocutoria*. Gail. *l. O.* 139. *n.* 12. Posse vero eum, cui *diserte* mandatum est, daß er wider die ausgefallene Bescheide und Urtheile Leuterung und Appellation einwenden, suppliciren, appelliren, auch restitutionem in int. begehren solle. Barbos. *ad c.* 14. *de Procur. n.* 9. Et tamen ille etiam appellare, (indeque & *leuterare* Schultes. *ad* Mod. Pistor. *l. Qu.* 22. *n.* 11.) potest, qui mandatum *ad causam* sive *litem* habet, quamvis in illo non sit expressum, quod appellare posse debeat. *d. c.* 14. §. *potuit. l.* 17. *C. eod. l.* 8. *Mandat. l.* 18. *d. Appell.* Gail. *d. O.* 139. Imo non tantum *ab interlocutoria* appellare *debet*, (idque *in scriptis*, nisi ea vim definitivæ habeat: *c.* 1. *d. Appell. in* 6. C. G. O. *P.* 2. *T.* 29. §. 3. *seq.*) verum etiam *a definitiva*, si expedire videat; aut saltem Domino, quamvis *scienti*, contra se *latam sententiam*, *mature*, & sic intra decendium, *denunciare. d. c.* 14. & *l.* 17. *C. junct.* Gail. *c. l. num* 9. Carpz. 3. *Resp.* 6. & *Resp.* 108. *n.* 15. Nam illa Appellationis interpositio *ad primam instantiam* pertinet: Scaccia *d. Appell. qu.* 18. *n.* 15. adeo ut etiam Appellatio Procuratoris (ob majus ex obmissione periculum,) in eo casu obtineat, quo posset facere appellando, ut *Dominus in pœnam* incideret. Carpz. *d. Resp.* 108. *n.* 14. Sufficit autem ad hoc, mandatum *indefinitum*, quod ad *omnes causæ terminos* porrigi queat. Idem 3. *Dec.* 204. *n.* 18. 20. Scacc. *d. Tr. qu* 5. *n.* 10. Nam ut clausulam *cum libera* contineat, (quod Carpzovius addit 3. *Resp.* 6. *n.* 35. *seqq.* & *Tit.* 5. *Proc. a.* 1. *n.* 68. *seq.* item *Tit.* 17. *Proc. art.* 2. *n.* 15. *seq.*) illud necessarium non est; & ipse Carpzovius *d. Resp.* 6. *n.* 38. tradit: illam clausulam continere omnia, *quæ alias continerentur*: At vero jam citra illam, *generale* sive *indefinitum* mandatum facultatem appellandi *continet*. Unde hoc solum verum est, quod Idem *d. Decis. n.* 20. docet, quod illa Clausula rem *minus dubiam* reddat. Interim ad hoc, ut

Ap-

Appellationem extrajudicialem quis intimare possit, mandatum expressum requiritur: quoniam illa nullam habet instantiam antecedaneam, aut saltem nexum nullum cum eo, quod judicialiter peractum est.

§. VIII.

Quamvis autem interponere possit Procurator appellationem, vi Mandati generalis; non tamen eam *prosequi* valet. Puteus *I. Dec.* 345. si vel maxime velit; nisi ad hoc mandato instructus sit; *d. c.* 14. *& l.* 17. *C. de Procur.* Cævall. *Comm. opin. qu.* 597. præterquam si *ab interlocutoria* appellatum fuerit: (quippe quod hæc appellatio *ex iisd. actis* justificanda sit; *cl. Appellandi. d. Appell. & c. Cordi. eod. in* 6. quæ vero *à Definitiva* suscipitur etiam novas probationes admittat. *l. per hanc. C. d. temp. appell.* Gail. *d. O.* 39. *n.* 21.) modo lis illa *eodem loco* peragi possit: cum aliter sucepisse prosecutionem illam nequidem videri queat Procurator. Borell. *Tit.* 66 *de Procur. n.* 338. *seqq.* Et male adeo Ant. Faber. *II. Cod. Sab. T.* 8. *def.* 9. *&* 17. quasi possit etiam ideo prosequi appellationem à definitiva, quia per appellationem causa reducatur *ad Litis contestationem.* Nam hoc eo non pertinet. Instructus autem mandato ad prosequendum sive justificandam appellationem non modo ille videtur, qui mandatum habet *ad causas omnes*, etiam futuras, Gail. *d. l. n.* 11. Puteus *d. Dec.* 345. verum etiam qui habet mandatum *ad appellandum*; licet in eo non etiam *justificandæ* appellationis mentio facta sit; ne scilicet superflua haberi posset illa expressio: Carpz. 3. *Dec.* 140. *n.* 8. *seqq.* modo & sic Procurator credi possit persecutionem illam suscepisse. Et nescio, qua ratione Tabor in *Relat. Argentor.* 33. *n.* 7. *in fin.* statuat, quod mandatum in prima instantia datum, quo *commissa* etiam sit *causa appellationis*, *Procuratorem* quidem forte obliget; nec tamen *instantiam secundam* satis valide *firmet*. Nec enim citatus ei Gailius. *d. O.* 139. *n.* 11, quicquam de commissa Appellatione habet; sed solum quod *prosequi* non teneatur Procurator appellationem, qui mandatum ad primam habet instantiam.

§. IX.

Illud vero Qu. an ut appellare potest Procurator, vi mandati generalis: ita possit etiam *inhibitionem impetrare* à superiori ad judicem

 à quo,

à quo, nullo ad hoc mandato expresso instructus. Sane ad hoc requiri mandatum *specificum* videtur. *c. nonnulli. x. d. Rescript.* Et quamvis illud *usu* non servari; sed *præsumi* mandatum, tradat Bellamera *Dec.* 729. qualia quidem in multis actibus præsumuntur. Menoch. 2. *Præsumpt.* 23. Coler. *P.* 2. *d. Proc. Exec. c.* 2. *n.* 55. *seqq.* Tamen hæc traditio *Legibus* non convenit, & *Usus* ille ad *Fora nostra* non pertinet.

§. X.

Denique, si quis *tertius*, qui nec *Advocatus* est in causa, nec *Procurator* ejus, ad quem res pertinet, *Leuterationem* vel *Appellationem* interponeret; quamvis *nomine litigantis*: ille nihil omnino ageret. Carpz. 3. *Resp.* 6. *n.* 25. Quod si vero Advocatus causæ vel Procurator Principalis, qui tamen *ad appellandum ne quidem generali* & sic *nullo mandato*, instructus sit, leuteret vel appellet, utut hoc si faciat *suo nomine*, itidem nullum sit; adeo ut *ratihaberi* istud ne quidem possit intra decendium. vid. Scacc. *qu.* 6. *d. Appell. n.* 34. *& qu.* 10. *n.* 2. Myns. *II. O.* 2. *n.* 4. Unde si pronunciatum sit, ut quis *legitimare* debeat personam suam, isque inde appellet, nulla est appellatio: quia citra mandatum in puncto legitimationis appellare non potest. Scacc. *dd. ll.* Carpz. 3. *Resp.* 180. *n.* 19. Idemque in appellatione interposita *à substituto* ejus, qui facultatem substituendi non habet, asserendum est. Id. *n.* 16. *seqq.* Tamen si Advocatus, vel etiam Procurator, qui Domini negotium gerit, Leuterationem vel Appellationem *nomine Principalis* interponat, idque nomen Schedulæ Leuterationis vel Appellationis *subscribat*: ita valebit hactenus, (quod curam rerum Clientis vel Principalis sui, uterque recte suscipiat, Carpz. *d. Resp.* 6. *n.* 25.) ut Dominus illam intra decendium *ratihabere* possit. Idem Carpz. *n.* 27. *&* 3. *Resp.* 108. *n.* 21. *seq. Tit.* 17. *Proc. art.* 2. *n.* 18. *seqq.* quæ tamen ratihabitatio in ea appellatione, quam Procurator ejusmodi *suo nomine* interponeret, locum non inveniret; ne quidem ob hoc, quod vel ipse Dominus posset intra decendium appellare, ut vult Carpz. *dd. ll. & præprimis Tit.* 17. *art.* 2. *Proc. n.* 26. *seqq.* Videl. ratihabere non potest, quod nulliter, & non ejus nomine, sed Procuratorio gestum fuerat: cum tamen appellans nullum penitus mandatum haberet. Admittitur tamen etiam singulariter Appellatio *Syndici*

dici Universitatis, vel *Actoris* Pupilli aut minoris, *absque omni mandato*; idque ob restitutionem in integrum, qua nihilominus frui possent; indeque ex officio. Carpz. *d. Resp.* 103. *n.* 30. *seq.* 11. & *art.* 2. *num.* 11.

§. XI.

Quæ vero hactenus de Mandato unius causæ diximus, eadem ad Procuratorem quoque plurium causarum, in earum qualibet, facile applicari possunt: de quo tamen in der ChF. Pr. O. *Tit.* 7. dispositum est: Wann auch einer mehr dann eine Sache hätte, solle er nicht nur ein gemein Mandat einbringen lassen; sondern um mehrerer Richtigkeit willen, unterschiedene Vollmachten von sich geben, damit zu einer jeden Sache eine besondere gelegt werden möge; oder solle zum wenigsten der Gerichts-Notarius auf des Paris Kosten das Original-Mandat vidimiren; und zu jeder Sachen eine auscultirte Copie legen.

§. XII.

Ad omnes quoque Lites, contra quascunque personas, & coram quibuscunque Judicibus, Procurator constitui potest. Et sicuti ad futuras causas *diserte* constituere licet Procuratorem, *l.* 3. *de Procur.* non etiam *Syndicum*: quoniam Senatus v. c. administrator solum est, cujus non ea est libertas, ut singulorum; sed magis constricta Legibus: quæ idcirco voluere, ut cum decreta certo judicio fieri debeant, promiscue non liceret super causis Universitatis, tanquam hactenus alienis, vel saltem non singulorum, & fere publicis, decernere; sed statuere, prout cujuslibet controversiæ ratio, eaque satis examinata, requireret *l.* 6. §. 1. *Quod cujusque Univ. nom.* (uti fere Bachovius, *ad tit. de Procur. in πρ. c.* 3. *n.* 2.) Vel etiam quia *Decretum* in Syndico intervenire debet; Decreta vero, ad *futura* non trahuntur. Ita etiam Mandatum ejusmodi omnium causarum vim suam porrigere putant, ad causas *nec dum ortas* sive *futuras*: Caputaqu. 2. *Dec.* 393. Verall. 2. *Dec.* 394. Jacob Puteus *L.* 1. *P.* 3. *Dec.* 37. & Mantica *VII. d. T. A. C. Tit.* 16. *n.* 46. quia *indefinitum* æquipolleat universali *c.* 22. *d. privil.* Sed ex eo quidem nil tale infertur; quemadmodum nec in contrarium facit *c. d. f. Rescript.* quia Rescriptorum

Digitized by Google

ad lites stricta est ratio; quippe quæ odiosa sunt, tanquam ordini Judiciario non adeo congrua. Hinc plerique volunt, tunc solum eum, qui ad *omnes causas* constitutus est, in *futuris* admitti; quando tempore mandati constituens *nullas causas præsentes* haberet: ne scil. mandatum aliter foret inutile: *arg. l. 24. d. fundo instruct. & instr. leg. l. 109. pr. d. Leg.* 1. alias vero ad *præsentes* tantum istud pertinere; Paris. 4. *cons.* 43. *n.* 14. Jos. Ludov. *Dec.* 37. Vantius *d. Nullitat. ex defect. mandat. n.* 97. *in fin.* cum non modo non gravandus sit Procurator causis aliquibus ultra, quam ex vi Mandati suscepisse videtur, (inde Puteus *d. l.* tantum *non cogi* posse opinatur Procuratorem, ut invitus futuram causam suscipiat:) sed *nec possit* etiam admitti ad futuras, si præsentes habuisset constituens; indeque adversarius illum repellere queat: nisi vero causæ futuræ *oriantur* ex præteritis, vel iisdem *connexæ* essent. Unde nec quicquam in contrarium facit *l. f. C. quæ res pign. oblig. non poss. cum similib.* quoniam mandatum respicit gratiam mandantis; sed pignus debitoris concernit præjudicium, à quo excipere debeat futura debitor. vid. Perez. *ad d. tit. n.* 13. *seq.* Et sane posset mandanti damnosum existere, si fortassis quoad causam futuram non fuerat confisurus Procuratori. Quare in his, qui *officii ratione* ad causas constituuntur, uti *Curator litis* mulieri datus, aliter obtinet; ut quamvis indefinite dati sint, (saltem non dati fuerint ad *certam causam*; quod fieri non potest ab alio Judice, nisi cui *causæ illius cognitio* incumbit, Carpzov. *d. Jur. Fœm. Dec.* 9. *pos.* 2. *n* 28. *seq.*) omnino ad omnes etiam futuras lites dati esse censeantur. *arg. l.* 3. *§. fin. d. Tutel.* Carpz. 2. *Const.* 15. *def.* 27. Qua ratione non minus definit Curatela primi Curatoris, ad certam litem dati, per constitutionem alterius ad omnes causas generaliter. Idem *d Const.* 15. *def.* 29. Neque aliud de *Syndicis*, qui perpetuo *officio* gaudent, quod his talibus etiam *futura causæ* commissæ sint, existimandum est. *conf.* Thesaur. *Dec.* 59. Nunc quidem in Judicio *Imperiali Aulico* diserte Procuratores constitui oportet: zu Vollführung des Principaln, an dem Hochl. R. H. R. hiebevor, jetzo, und künfftig eingeführten Sachen: quod momentum maximum ad præscindendas moras litibus impendentes confert, dum nimirum non ad quamlibet causam de *novo mandato* agi oportet. Eique mandata, ad *causas scil. movendas*, etiam ad illas pertinent, quæ adhuc *ex jure novo orituræ* sunt; quicquid sit, quod *Judex delegatus* ad

ad causas motas & *movendas*, de movendis, ex jure noviter orto, cognoscere non possit; vid. Fel. *ad c. relatum. 19. n. 8. d. Offic. deleg.* Tum & ad causas *Beneficiorum & Spirituales* alias Mandata illa pertinere videntur. Grassis *Dec. 9. & 27.* Gratian. *Dec. 66. n. 36.*

§. XIII.

Sed nunc etiam de *Mandatariis* ad extrajudicialia constitutis videamus; qui & ipse *ad* universa *negotia* vel ad *unam speciem* constituuntur. *Illi* dicuntur Procuratores *totorum bonorum. l. 63. de Procur. l. 17. §. fin. d. Jurej. omnium* bonorum, *l. 65. §. 7. pro Soc.* omnium *rerum. l. 1. §. de Procur. l. 13. d. pact. l. 6. d. instit. act. l. 7. pr. d. Calumn. l. 4. §. 18. d. dol. mal. & met. exc.* universorum *negotiorum. l. 25. §. 3. d. ædil. ed. l. 25. §. f. d. Minorib. omnium* negotiorum. *l. 6. §. f. de Procur. l. 58. eod. l. 6. §. 6. Mand. junct. l. 12. pr. d. solut.* cum quibus non sunt iidem, qui mandatum *incertum* habent, absque forma sive finium præscriptione; quales non minus *generales* dicimus: nam hi etiam *unius rei* esse possunt; *l. 46. Mandati.* Indeque appellatio illa mandati generalis non *objecti*, de quo *hic* agimus, sed *formæ* est. Dantur & Procuratores si non omnium, tamen *plurium causarum. d. l. 46. Mandati.*

§. XIV.

De *illis* igitur *omnium bonorum* Procuratoribus *an alienare possint?* disceptatio est. Ubi, licet Huberus, talem *alienare posse*, putet, quoties *evidenter* Domino *expediat*; Tamen illud ex §. 42. *d. R. D. & l. 58. de Procurat.* non conficitur: quippe quod uterque *textus* de Procuratore, cui *libera* bonorum administratio commissa est, loquatur: à quo cum differat utique Procurator *omnium bonorum*, ideo quod hoc significet *objectum* Procuratelæ, indeque non plus possit *in omnibus bonis* Procurator *simplex* omnium bonorum, quam *unius rei* Procurator in *illa* potest, istud vero *modum potestatis liberæ* denotet: Hinc sequamur omnino & *rationem* hanc & *textum* rotundum in *l. 63. d.* ubi Procurator *totorum bonorum*, cui *res administrandæ* mandatæ sunt, res nec *mobiles* nec *immobiles* Domini *alienare* potest; nisi hoc ei *specialiter* sive diserte mandatum sit. Quod idem firmat *l. 16. C. eod. tit.* Utut de cæte-

cætero *alienare* possit *quilibet Procurator*, quoties si istud non fieret, Dominus *damnum incurreret*; ut se habet in rebus, quæ servando servari non possunt: *d. l. 63. in fin.* Secus enim & si hoc non posset, administrare utique non posset; cum quidem Procurator *cum libera* etiam tunc alienare queat, si vel damnum metuendum non sit; verum satis, si *expediat* Domino, ejusque res meliorentur, vel saltem damnum per hoc ei non attrahatur: nam & sic *libertas* illa merito restringitur vid. *l. 60. §. f. Mandat. l. 9. §. 4. d. A. R. D.* Ex quo sponte fluit, quod ne quidem *pignus dare* possit is, cui *universorum* bonorum administratio permissa est; nisi Dominus sub pignoribus mutuas pecunias accipere *solitus* fuerit: *l. 12. d. pignor. act.* & vicissim non possit Procurator omnium bonorum *consentire alienationi pignoris*, nisi hoc ei *specialiter* mandatum sit. *l. 7. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

§. XV.

Equidem sunt quædam negotia, quæ *alienationem* habent, aut in *aliis articulis* nomine & jure *alienationis* censentur; sed quæ sub alienatione illa *eximia rerum*, Procuratori commissarum, contenta videri non possunt. Sic enim non modo Procurator meus *omnium rerum* potest *dare* pecuniam, (quod est *alienare*) ut ne alius mihi negotium faciat. *l. 7. pr. d. Calumniat.* Verum etiam potest ex rebus meis *transferre* quid in alios, sine quo non poterat *administrationem* ipsi commissam exequi. Nam hactenus id quoque *mandatum esse* censebitur. *Novatio* alienatio est suo modo, est & *Solutio*; & tamen Procurator omnium bonorum *novare* potest: *l. 20. §. 1. d. Novat.* non quidem simpliciter; sed quoties hoc Domino *expedit*: nam ita ex *natura* non modo universalis Procuratelæ, *d. lex 20.* sed & ex eo, quod de *Tutore ibid.* habetur, accipienda est; ceu quidem alias quoque argumentum *à Tutore* ad Procuratorem ducitur. *l. 17. §. 2. seq. d. jurej. l. 6. §. 3. d. condict. indeb.* Tum & *solvere* potest Procurator omnium rerum mearum creditoribus meis: nam *hoc* eidem *mandasse videor*; *neque expectandum est, ut postea ratum habeam. l. 87. d. Solut. l. 6. pr. §. 3. d. condict. indeb.* *Indebitum* vero si solvat, repeti potest. *d. l. 6. § 3.* Quin & *exigere* potest debita. *l. 48. de Procur.* (nam *l. 47.* de *Conprocuratore* debitore agit; quod *supra* exposuimus:) & *l. 6. §. 2. d. condict. indeb.* Ex quo *Textu* pro-

proinde non recte educitur argumentum à contrario, quasi ad exactionem debiti *speciale mandatum* requiratur: Siquidem hoc solum ibi dicitur: indebitum non debere accipere Procuratorem; quippe ad quod exigendum, si mandatum speciale non habeat, (sive sit Procurator omnium, sive quarundam, rerum,) accipiendo istud adeo non obligat Dominum, ut potius ipse Procurator unice per condictionem indebiti conveniendus sit, *d. l. 6. § 1. d condict. indeb.* Quod vero debetur Domino, illud solvi potest Procuratori; sive hoc ei *specialiter* mandatum sit, ut acciperet, *l. 12. pr. d. solut. l. 11. d. pact.* sive sit Procurator *omnium bonorum. d. l. 11. d. pactis l. 6. §. 2. d. condict. indeb.* quoniam *mandare intelligitur debitoribus* eum bonis omnibus præponens, ut ei tuto *solvant. add. l. 12. pr. d. Solut. & arg. l. 7. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Indeque multo magis *exigere* potest, eique *solvi*, qui *liberam* bonorum *administrationem* habet: *l. 58. de Procurat.* ex qua idcirco minus recte infertur, quasi in eo qui omnium bonorum est, non idem obtineat.

§. XVI.

Plane qui *omnium rerum* Procurator est, ille rem quoque *in judicium deducere, l. 12. d. Pactis.* adeoque *actionem* instituere potest. *l. 17. §. 2. §. 16. d Injur.* add. *l. 3. §. 3. jud. solvi.* Sic & omnium *negotiorum* Procurator: nam negotia utique *judicialia* etiam, & *lites* quoque, continent. *l. 46 §. 7. c. 11. x. de Procur. c. 5. eod. in 6. junct. c. 10. §. negotiorum. x. d. V. S.* nisi vero *negotium* vox *restricta quandoque*, ex contextu verbisque aliis aut circumstantiis, videri queat. *arg. d. c. 5. §. nedum.* Cantuccius *II. Dec. 86.* Et quidem actionem quoque *injuriarum* movere potest. *d. l. 17. §. 16. d. Injur.* & adversus eum agere, qui *ejusd.* mandantis *Procurator* est *d. l. 46 §. 7. de Procur.* Tantum ea non potest suscipere, quæ *mandatum speciale* exigunt. *c. 5. pr. de Procur. in 6.* Non etiam, quando ab illo constitutus est, qui & *suo* & *tutorio nomine* varias lites habebat, videri potest constitutus esse una *ad lites tutorias*: nam & si vel maxime ad *lites omnes* expresse datus esset, mandatum tamen ad tutorias non pertineret; nisi utrobique *formula Procuratoria* talis sit, quam eo respicere satis appareat. Ant. Fab. *Lib. 2. C. S. Tit. 8. def. 26.* Cæterum non officit his, quæ modo diximus, quod in *l. 7. §. 2. d. Jure delib.* habetur, ei cui *alienatio interdicta* est, (qualis non mi-

minus est *Procurator omnium rerum* seu negotiorum,) absurdum esse, *actiones exercere permitti*. Nam hoc ad *Procuratelam* non pertinet. Videlicet in *d. l. 7.* de *hereditate jacente* agitur, quæ diminui non debeat: id quod fieri etiam potest intempestivo forte actionum exercitio, quo nempe sumptus inutiliter impendantur; quanquam ibid. in §. 3. additum sit: utrumque *nihilominus permitti*, quoties id *necessitas* vel *utilitas* postulet. Denique si diserte quis *ad extrajudicialia* constitutus fuerit, ille *judicialia* suscipere utique non potest. *l. 10. de Procur.*

XVII.

Quid vero de *Filiofamilias* vel *Servo*, cui Pater vel Dominus *Peculii administrationem* concessit? Ille potest rem quoque *vendere*, non modo ex *voluntate* Patris & Domini, sed & *vi administrationis*, h. e. quando *res servando servari* non posset. *l. 15. §. 3. d. diversf. tempor. præscript.* Quin & recte ei *solvitur*; *l. 21. de jurej. l. 35. d. Solut.* isque jus *novandi* habet. *d. l. 21. d. jurej.* Imo & *fidejubere* vel *intercedere* potest, in causam *sui peculii*. *l. 3. §. 5. d. pecul.* Nam qui *administrationem peculii*. (quod & ipsum suo modo Filii vel Servi est,) concessit, in eo *generalitas* illa id omne permittere videtur, non quod *specialiter*, h. e. expresse permittere poterat, Pater vel Dominus, sed quod *permissurus est*, seu permittere *voluisse* censetur. *l. 46. d. Pecul. l. 35. d. Solut.* Sed *liberæ* quidem facultatis; *arbitrium majus* est; de quo *infra §. fin. c. V.* Illa vero *magis libera* bonorum administratio, quam *liberi* post mortem patris, in *l. 11. de liber. & posth. hæred. instit.* consequi dicuntur, ad hanc tractationem penitus non pertinet.

XVIII.

Satis de Procuratoribus generalibus, & qui illis similes habentur. Speciales, seu *specifici* aut Particulares sunt *h. l.* quibus tantum *res una* vel *altera* commissa est; prout specialitas illa *objectivum* significatum habet. Nam quatenus *formaliter* accipitur, ita de Procuratore speciali in *Cap. seq.* experiemur. Sic enim illa, quæ hic dicimus *specialiter* committi, censentur *comprehensa* esse in mandato quoque *generali omnium rerum* vel causarum; quale quid non potest dici de *specialibus* in *formali* sensu: quippe quod priora ista *possint tantum specialiter* com-

committi; hæc vero posteriora etiam *debeant*, nec unquam eorum potestatem habeat Procurator, nisi eidem illa *diserte* commissa sint. *Ibi* nempe notat specialitas solum *singularem* causam s. *rem*; hic vero *expressam* formam, seu *disertam*, præscriptis *finibus*, & *modum rei*. Alicubi etiam *utrumque* significatum habet, ut in *l.* 25. §. 3. *ædil. ed.* ubi quidam dicitur mandatum esse, *id ipsum*, propter quod *deterius* factum est. *Objectivus* vero significatus passim quoque obvius est; & in *l.* 25. §. 1. *d. Minorib. generale mandatum, de universis negotiis*, contradistringitur ei, per quod *nominatim* quid mandatum est; item *in l.* 17. §. 16. *de Injur.* Procurator cui *omnium rerum* commissa est *administratio*, ei cui *specialiter mandata* est *procuratoria actionis*. conf. *l.* 3. §. 2. *judic. solvi.* ubi: *sive hujus rei tantum* mandatum susceperit, sive etiam *universorum bonorum*. Sic in *l.* 7. *pr. d. Calumn. mandatu meo*, denotat *speciale* mandatum, quia ad *objectum* & rem certam determinatum est, ad rem vel litem, unam alteramve *l.* 1. §. 1. *de Procur.* cui diserte fines præcepti sunt. *l.* 10. *C. d. Procur.* ibi *officium Mandati egressus*. Unde *verus* Procurator ille dicitur, cui *mandatum* est *specialiter l.* 12. *pr. de Solut.* quasi totus *ex præscripto* pendeat: cujus procuratio ad alia *ultra expressa* non possit pertingere. *l.* 21. *C de Procur.* ibi: *Sin autem mandatum susceperit, licet maritus sit, id solum exequi debet, quod Procuratio emissa præscripserit.* late Flamin. *lib. IX. d. Resign. qu.* 17. Unde hoc etiam Mandatum speciale quoad hæc, quæ *expressa non sunt*, dicitur *generale*, ut & *indefinitum*; & in *l.* 46. *Mandati, incertum*, h. e. licet unius rei, & hactenus certum sit, non tamen habet modum præscriptum: quod sæpe fit, ut industriæ alicujus res committatur, & sic mandatum ejusmodi non æque *speciale* sit, atque illud, quod & *objectum* habet certum, & simul *fines præscriptos*, sec. quos agere Procuratorem oporteat: ut in *l.* 5. *Mandat. junct. c.* 32. *x. d. off. & potest. de leg.*

XIX.

Proinde quamvis Mandatum illud, etiam quod expressos habet fines, nec tamen omnes, & solum *ex parte incertum* est, ad expressa tantum restringi debeat; Barzius *Dec.* 125 non extendi ad non expressa, Trevisan. 1. *Dec.* 14. nec à *forma* debeat recedere Procurator, *l.* 46. *Mandat.* si *certum* sit; nec *aliud* facere. *l.* 19. *d. Jurejur.* Quod si

tamen verisimile est, idem mandatarum fuisse Dominum, (secus est, si Dominus *ipse* tale quid *verisimiliter facturus non fuisset*. l. 35. *Mandat.* quod idem etiam in Mandato *generali* servandum esse diximus,) idque Domino expediat: *l.* 46. *eod.* ita omnino etiam ex *mandato incerto unius rei* Dominum, quæ istum in modum gesta sunt, *ratihabere* oportet d. *l.* 46. *Mandat.* ibi: *licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quam quæ ipso mandato inerant.* Etenim ex justa causa Procurator ea & *mutare* potest, quæ Mandator *specialiter* jusserit; ad ductum *legis* 30. *Mandati.* eaque suscipere, sine quibus *exitum sortiri Mandatum* non poterat. *l.* 62. *d. Procur. l.* 56. *eod.* Neque tamen in *aliud objecti genus* involare potest; quamvis *immediis* ejusd. objecti non adeo præcise constrictus sit. Nam ita v. c. Procuratori *litis* non recte *solvitur*; nisi *ad hoc* etiam diserte *datus* fuerit. *l.* 86. *d. Solut.* Potest tamen is, qui mandatum *ad exigendam* pecuniam, eandem *sponte solutam recipere*: Steph. Gratian. *c.* 505. *Discept. Forens. n.* 57. etiamsi Dominus ipse præsens sit; nisi datum fuerit *uni* mandatum ad *exigendum*, *alteri* ad *recipiendum*: Idem *d. l.* quippe quod sic solum *postulatio* nuda sub exactione intellecta censeatur; qua ratione si quis habeat mandatum eine Schuld zu mahnen, (exigere enim vi vocis etiam die Erhebung continet,) non habet facultatem dieselbe einzufangen. *l.* 12. §. 1. *Commod. l.* 86. *d. Solut.* Bœr. *Dec.* 28. Freyer. *de solut. c.* 3. *n.* 53. Porro, qui mandatum habet *ad vendendum certo pretio*, non potest vendere de pretio *solvendo post tempus*: quoniam sic minoris venderet: *l.* 15. §. 1. *de in diem addictione.* nec potest *habere fidem* de pretio; conf. *l.* 15. §. 7. *de re judic.* ne quidem sic *arius* venderet. Qui vero ad *emendum vendendum* oleum mandatum habet, ille etiam *mutuum* oleum accipere potest. *l.* 5. §. 14. *de Institor. act.* Ex quo ad *similia* arguendum est.

§. XX.

Cæterum, sicuti mandatum *speciale* rat. *objecti* sæpe cum eo, quod *formaliter* tale est, coincidit; imo omne, quod *formaliter* tale est, etiam *objectum* suum *speciale* habet: nam ita se res habet v. c. cum Procuratore, cui *pignus dare* mandatum fuit. Ita non omne id, quod specialiter *mandatur*, tale est, quod *non nisi specialiter* mandari posset; indeque non est tale protinus *formaliter*: quo pertinent *l.* 6. §. 6.

§. 6. *Mandat. l. 65. §. 7. pro soc. l. 3. §. 2. judic. solvi*; ubi *species* continentur, quæ etiam sub mandato *universorum bonorum* venire possunt; ejusque naturæ sunt species omnes, præter eas, quas *infra*, quod specialiter seu *nominatim* mandari *oporteat*, exponemus.

§. XXI.

Quin & *specialis probibitio* seu *Mandatum* speciale *Probibitivum* datur, quo opus est in Procuratore *omnium bonorum*, si quid inde *exceptum* cupiat Dominus. *l. 65. §. 7. pro socio.*

CAPUT V.

De Formis, quæ ex Forma, sive modo Procuratorii pendent.

SUMMARIA.

1. *Formam esse communem vel propriam. Istam veri Mandati hic expendi; dari enim & præsumptum & an hoc per Rati cautionem suppleatur: an speciale præsumptum detur? Non dari Judiciale tacitum. Charta blanca quousque obliget in negotiis; quando pro Mandato cedat in Judiciis? & de subscriptione ejus definita & indefinita.*
2. *Mandatarii nomen extra judicium efficere, ut quis non sub nomine teneatur. Judicialem Procuratorem vel extra vel intra Judicium constitui.*
3. *In se spectatum Mandatum, non confici. Epistola Principalis; nisi quoad Arrestum à Mercatore. Sigillum & subscriptio Mandantis quousque requirantur. Quid si scribere quis ignoret; si sigillo destitutus sit? An sigillum nudum, an quolibet, an inversum, sufficiat? de Anno & die Mandati: de pluribus unius diei.*
4. *De Subscriptione & Sigillo Syndicatus. Quando nudum Sigillum sufficiat? Si Forma Syndicatus non exacta sit: & de Syndicatu judicialiter confecto.*
5. *Actorium quando subscriptione Principalis indigeat.*
6. *Clausulæ Mandati, in exordio aut in fine posita.*

7. *Rati Clausulam, utut J. Civ. necessario non inseratur: cur tamen illam ex Fori Usu Mandato plerisque locis inseri oporteat? non indigere illam hypotheca bonorum.*

8. *Procuratorem, si Mandatum nullum habet, non admitti cum rati Cautione. Quid si præsumptum habeat? Et quasnam olim cautiones Procurator præstiterit? an Syndicus judicatum solvi caveat?*

9. *Admitti vero Procuratorem, si Mandatum inidoneum habeat, cum Cautione rati; sic & Substitutum, Actorem, ipsosque Tutores & Curatores, aliquo casu. Et quid in Camera.*

10. *Ratihaberi posse tacite, & an ratificatio post sententiam definit, locum habeat. Quo tempore cautio Rati urgeri queat?*

11. *Etiam Syndicum, cujus Syndicatus sufficiens habetur, de Rato cavere posse. Imo cum Cautione Rati admittendos Syndicos, qui nullum plane Syndicatum habent, quando ipsi ex Universitate sunt. Pariter id posse Socios; amicos non etiam.*

12. *Posse Consanguinitate vel Affinitate junctos: & quousque? etiam Actoris loco. Posse quoque Maritum: & qua ratione communi, qua item Saxonico jure. Uxorem etiam pro Marito. Denique Cohæredes aliosque consortes litis posse.*

13. *Non admitti Cautionem Rati, si Principalis dissentiat, si Procuratorem habeat, si ratihabere non posset: si Speciale Mandatum causa postulet; (ubi de Restit. in integrum.) Quo tempore, & quomodo illa Cautio recte præstetur. Et an præstationem Judicatum solvi continet.*

14. *Indemnitatis Clausulam non necessariam, sed utilem tamen esse Procuratori.*

15. *Syndico peculiarem esse Clausulam Renunciationis beneficio Divisionis & Excussionis: idque ad declinandam Caut. pro Reconv. & Expensis.*

16. *Ad propriam Formam pertinere tractationem de Mandato Speciali: quodnam hic Speciale dicatur, quoad Judicium & extra Judicium. In omnibus illud regulariter admitti, in multis necessarium esse; videl. arduis maxime ac præjudicialibus.*

17. *Quid si hæc talia in Mandato generali ad causam expressa sint? Eorum diversam esse rationem: sufficere expressam v.c. transigendi, reassumendi, potestatem; in cæteris, velut, recognitionis, juramenti, & similibus secus esse. Non suppleri specialem expressionem per clausulam Mandati cum libera. Et quando possint expressis quibusdam specialibus causis, aliæ etiam pro subintellectis haberi.*

18. Ne

18. *Ne Syndicum quidem vi Mandati cum libera, (quod tamen non semper habet,) suscipere posse illa, quæ speciale Mandatum desiderant. Administratores, item Prælati, quatenus & quousque cum libera agunt.*

19. *Negligentiæ non teneri Procuratorem, qui non facit ea, quæ specialis Mandati sunt. Ratihabitione resarciri Mandatum speciale: & num tacita?*

20. *Causæ præcipuæ, quæ speciale Mandatum requirunt, adducuntur, ut sunt: Declaratio animi: Interdictum de Liberis exhibendis: Matrimonium contrahendum. An causæ spirituales simpliciter?*

21. *Porò Aditio hæreditatis. Quietatio. Alienatio. Remissio; in specie, Caducitatis; Commissum, Delictum.*

22. *Transactio, Compromissum, Renunciatio Litis. An renunciatio Exceptionum. Approbatio adversæ sententiæ.*

23. *Arrestum. Accusatio. Objectio Criminis. (idemque de Syndico statuendum.)*

24. *Actionum susceptio, quæ famosæ sunt. (Et quid in Criminibus: iterumque in his de Syndico. Ipse Procurator quando ex delicto teneatur.)*

25. *Retractatio Facti Domini. Restitutio in integrum. (ubi de Mandato ad petendum Restitutionem dubio. Item de petenda ea incidenter. Posse aliquos eam petere, etiam principaliter, citra speciale Mandatum, qui causam alienam agunt; ut sunt Administratores rerum Civitatis; Tutores, & sim.) Rescripti impetratio.*

26. *Cautionis de Rato: uti & Judic. solvi, præstatio.*

27. *Non etiam Litis Contestatio; nec Confessio: & de hujus revocatione.*

28. *Sed tamen Recognitio Documentorum: Copiarum. Agnitio proeditis.*

29. *Juramenti Delatio, Relatio, Acceptatio, Oblatio. (Quid J. Saxon.) Et de speciebus Juramentorum.*

30. *De Juramento in individuo. Consortem litis non admitti ad jurandum pro consorte.*

31. *Non etiam deferre Juramentum posse. Et quomodo juret Universitas; in specie in criminalibus.*

32. *Juramentum tamen deferre etiam posse Procuratorem omnium bonorum; ut & Procuratorem cum Libera. In Declaratione Juramenti & remissione secus esse.*

33. *Dilationem Probatoriam ultimam non nisi speciali ad hoc Mandato peti posse.*

34. *Conclusionem in causa non exigere Mandatum speciale. An Exceptionis petitio id postulet? An Appel-*

Appellatio; saltim extrajudicialis.

35. *Ad Reassumptionem litis speciali Mandato opus esse. An necessaria plane sit communi Jure illa Reassumptio?*

36. *Omnino esse in Prælato & similibus. In cæteris discrimen esse, an mors Domini contigerit ante litem contestatam; an post eam? & quid utrobique Moribus?*

37. *Quid de Procuratore substituto, moriente vel Domino, vel Procuratore primo: Et quid illius ab hoc sit discriminis? Citatione ad reassumendum non opus esse, Mandato in hæredes concepto; & tamen sic etiam Procuratorem speciali Mandato ad reassumendum indigere.*

38. *Mandatum cum Libera quatenus amplum haberi queat; quatenus item generale. Et quando concessum haberi possit: quibus Formulis?*

39. *Libertatem & ipsam strictam esse. In Judiciali mandato sicubi requiritur Cl. cum libera, sufficere eam exprimi verbis æquipollentibus.*

40. *Differre eam à Mandato generali omnium bonorum. Hoc non omne esse cum libera, secus atque Huberus docet, quin potius simplex sit in se omnis Procurator generale mandatum habens.*

41. *Sic & à Mandato speciali distinctum esse Mandatum cum libera. Posse tantum aliqua Procuratorem cum libera, quæ alias indefinita potestate non transeunt, sed specialiter committuntur; talia scilicet, quæ etiam potest Procurator rerum universarum, peculiari Legum concessione: quamvis extra ea hic non possit agere, quæ speciale mandatum præcise requirunt, aut quæ agere potest is, qui mandatum habet cum libera.*

42. *Distincte explicatur, quænam possit agere Procurator cum libera. Ex fide intelligi.*

43. *Qua ratione differat potestas illa ab homine, à potestate cum libera, quam nonnulli à Lege habent.*

44. *De Administratione libera peculii, quid per illam tribuatur: & quod nec illa usquequaque libera sit.*

§. I.

Est vero *Forma* sive *Modus* Procuratorii vel *communis* vel *proprius*. Et quidem de *vero Mandato* hic agimus. (Nam & *præsumptum* datur, etiam in Judicialibus, quando v. c. quis documenta ad causam pertinentia penes se habet, eaque Judici ostendit. vid. Menoch. *II. Præsumpt.* 34. Puteus *II. Dec.* 214. & *I. Dec.* 358.

Quem

Quem tamen *de rato* cavere oportet. Schultes. *O.* 21. *n.* 7. add. §. 8. *h. Cap.* Tantum quod hæc Cautio in his, quæ *speciale* Mandatum exigunt, non sufficiat. Barbos. *ad l.* 1. *C. de Procur.* Nam & *speciale præsumptum* vix datur; quoniam speciale quoddam & *expressum* esse debet & *nominatim* datum; licet *alio modo insufficiens* esse possit. vid. *inferius* §. 1.) Sic & de *Tacito* hic agi non potest; quippe quod in *Judicialibus* locum habere nequit; *l.* 8. §. 1. *de Procur.* P. de Greve *ibid.* §. 12. velut ex receptione literarum; sicut *supra cap. II.* §. 5. *in fin.* monuimus, & pluribus ostendit Zieglerus ad Lancell. *III. T.* 2. §. 22. *Communis* autem *modus*, in cæteris, vel *crudum* respicit Mandatum, vel exaratum sive *extensum*. *Crudum* constat *Charta Blanca*, Blanceto, à Francorum *Blanquet*: quod quidem etiam negotiis extra judicium, subscribentem nomen suum & sigillantem *obligat* ad hoc, ut si quando quid *supra scriptum* fuerit extense, possit ad istud agi contra ipsum executive. Carpz. 1. *const.* 17. *def.* 42. & 5. *Resp. t.* 1. *R.* 3. *n.* 13. nisi docere velit, quod instrumentum hoc non legerit. *d. def.* 42. *n.* 11. Ad *Judicium* quoque non sufficit, exhibere *Blanquetum* loco Mandati Procuratorii: Id. *Const. I. def.* 28. adeo ut non sufficiat charta *pura* cum infra scripto: Blanquet zur Vollmacht in Schuld-Sachen ꝛc. meiner *contra* N. N. addito *nomine* & *sigillo* Mandantis; sed *extensum*, beschrieben, esse oporteat, manu ipsius *Procuratoris* sive *alia*: & sic *completum* pro Mandato recipiendum est; Idem Carpzov. *Tit.* 5. *Proc. art.* 1. *n.* 112. secus, & si crudum exhibetur, pronunciari oportet: Sich anderer Gestalt, denn geschehen, zu legitimiren schuldig. Idem: mit einem richtig extendirten Mandat. Neque tamen à Mandante *in subscriptione restrictum*, extendi potest à Procuratore ad casum *alium* sive *diversum*. Carpz. *d. art.* 2. *n.* 7. & 8. vid. §. 35. *inferius*. Sicuti quando generaliter subscriptum est, nihilominus porrigitur ad *specialiter* Mandata in *supra scripto*. Id. 3. *Dec.* 237. *n.* 9. adde *inferius* §. 15. *in fin.*

§. II.

Extensum Mandatum, vel est ad negotia *Judicialia*, vel *extrajudicialia*. Et *horum* quidem Modi sunt infiniti; quorum eos, qui in *Jure Justin.* occurrunt, farraginem apud Coll. Jur. Argent. *ad Tit. Mandati.* reperire licet. Utique hæc sola verba: in Vollmacht, item

als Gevollmächtigter, efficiunt, ut quanquam Procurator, acceptis v.c. mercibus, certam summam pecuniæ exsolvere promisit, dato instrumento, cui *nomen suum* apposuit: conveniri tamen ipse, ut de *suo* solvat, & adversus eum executive agi, non possit. Carpz. *I. Dec.* 10. Mandatum vero ad *Judicia* fit vel *extra Judicium*, velut *coram Notario, cum Testibus*: atque sic citra scripturam Principalis, vel etiam *scriptura* mandantis & *sigillo* ejus. Carpzov. *Tit. V. Proc. art.* 1. *n.* 114. (*Notario* vero de eo attestanti non creditur; sicut nec alias ille fidem habet sine testibus; præterquam in his, quæ publico jussu peragit. Cothm. 2. *cons.* 68. *n.* 69. vel etiam judicialiter constituitur Procurator, vel apud Acta, weil ich selbst in allen und jeden Terminen die Sache fortzusetzen nicht vermag; Als will ich N. N. zu meinem Gevollmächtigten Anwald constituiret haben. Put. *II. Dec.* 24. Gu. Papæ *Dec.* 40. Carpz. *d. art.* 1. *n.* 115. 117. Idque non *fide* solum & robore optimo, sed & maximo *compendio*: quoniam sic cum omnibus *clausulis* solitis, & cum libera, constitutus esse censetur. Itaque de *prioris generis* Mandatis *h. l.* magis dispiciendum est.

§. III.

Et quidem illa vel in se spectantur; vel in *Clausulis* adjici solitis. *Ibi* Mandati quidem locum subire non possunt *Literæ Mandantis*, sive *Epistola* ejus ad Procuratorem scripta; Carpz. 3. *R. Tit. Resp.* 8. nisi vero Epistola omnia legitimi mandati requisita contineat. Id. *d. Resp.* 8. *n.* 6 *&* *Tit.* 5. *Proc. art.* 1. *n.* 59. *seqq.* add. Verall. 2. *Dec.* 183. 185. *seq.* Inter *Mercatores* tamen literæ principalis, de impetrando *arresto*, pro Mandato habentur. Id. Carpz. *Tit.* 21. *Proc. art.* 2. *n.* 15. 16. 20. Quodlibet vero Mandatum, ad validitatem sui, tam *sigilli* appositionem, quam *subscriptionem* requirit. Es sollen die Vollmachten, allerley Mißbräuche, so dabey einschleichen, zu vermeiden, nicht allein von denen Partheyen gesiegelt, sondern auch unterschrieben, seyn. Ch. S. Proc. O. *Tit.* 7. §. Da auch. *&* F. S. Jen. Hofg. O. *c.* 11. ibi: Zugleich gesiegelt und unterschrieben. Carpz. *l.* 1. 27. *&* 1. *Dec.* 27. *n.* 1. 4. 8. *Proc. T.* 5. *a.* 1. *n.* 90. *seqq.* 3. *R.* 1. *R.* 6. *n.* 3. 7. 8. adeo ut quamvis mandatum *holographum* sit, subscriptione & ipsum indigeat; nisi quod Hilligerus velit *lib.* 18. *ad* Donell. *ec.* tunc sufficere, si adjectum sit:

meine

meine Hand. *per pr. Inst. d. E. Vend. l. 28. § f. C de Testam.* id quod tamen recipiendum non est. Quod si *scribere ignoret* Principalis, subscribi curare debet *per Notarium*, aut ut *judicialiter* mandatum conficiatur. *d. tit. 7.* ChF. P. O. ibi: mags durch einen Notarium, oder sonst gerichtlich, vollziehen lassen. Carpz. *dd. ll.* Vultej. *Lib. d. II. Judic. c. 3. n. 3 o.*) & F. S. Jen. H. O. *d. l.* ubi additur; quod h. c. *ap. Acta* etiam ubi causa agitur, possit constitui. In terris quoque *Saxonicis*, notante Carpzovio, *d. art. 1. n. 105. seq.* in Mandatis *Comitum* & *Baronum*, præter Sigilla, etiam subscriptiones Secretariorum, aliorumve *officialium*, si ipsimet Comites & Barones subscribere nolint, sufficiunt. Quin & in Mandato quolibet *sigillum* una apponendum est, ChF. P. O. *T. 7.* §. 3. alias pronunciatur: Daß er durch eine von seinen Principalen besiegelte und unterschriebene Vollmacht sich zu legitimiren schuldig. Sed si mandans *nullo sigillo* utatur, vel illud ad manus non habeat, Mandatum nihilominus admittitur; si subscripserit: N. N. in Mangel meines Pittschaffts (vel des Siegels,) meine eigene Hand, vel si *alieno*, quod potest, *sigillo* utatur, & adjiciat, in Mangel meines Pittschaffts, habe ich Titii seines hierbey gedruckt. Carpz. *d. art. 1. n. 96. & 98. 100. seqq.* & *Dec. 27.* Nam ita de voluntate Mandantis, quod requisita debita adhibita voluerit, dubitandum non est; sicut de enixa ejus voluntate, in hisce judiciariis causis, omnino constare debet. Non itaque sufficit *nudum sigillum*, citra subscriptionem. Berlich. *Dec. 54.* (nisi in publicis. *l. 39. d. V. S.*) Carpz. 4. 4. 1. *n.* 104. Mevius *II. Dec. 60.* Non etiam sigillum, licet cum subscriptione, so in den undeutlichen Zügen bestehet, sed *insignia* continere, vel *saltim indubium* esse debet, ein richtiges und eigentliches, deutliches Siegel; ut tamen sigillum ejusmodi *inverse oppositum* non vitiet. Idem Mevius *VIII. Dec. 82.* Denique *annum* & *diem* inseri Mandato oportet. Carpz. *d. art. 1. n. 108.* Si diversa *eodem die* data sint, neutrum valet, ne quidem in *extrajudicialibus*; etiamsi unum videatur minus noxium esse, v. c. de permutando, quam alterum, de resignando. Mohedan. *Dec. 2.* Quod si etiam Procurator *duplex Mandatum* habeat, & quid faciat vigore ejus, quod inutile est: actum illud non valet. v. c. si appellet; quoniam non usus est Mandato utili, quo uti potuit. *arg. l. 4. C. d. Donat. ante Nupt.* Tiraquell. *d. Retr. lin.* §. 10. *gl. un. n. 6. add.* de *Mandatis pluribus*, quæ *supra c. III.* §. 1. *seqq.* dicta sunt.

§. IV.

Syndicatus instrumentum quod attinet, sive Mandatum *Universitatis*: illud quomodo conficiendum sit? docet Carpz. 3. *R. t.* 1. *R.* 9. *n.* 7. & *Dec.* 28. *n.* 5. 10. 11. junct. *Dec.* 205. *n.* 3. *seqq.* Qua ratione etiam *constituentes singulos* subscribere nomina sua oporteat? *c. II.* § 25. exposuimus. vid. Carpz. 1. 13. 8. *Tit.* 5. *a.* 4. *Proc. n.* 33. & 3. *qu. crim.* 105. *n.* 14. ubi quod illud quidem *tutius* sit; sed tamen non nisi in *alienatione* requiratur. Quin & *sigillum universitatis* apponi necesse est. Plane, ubi ipsa Universitas est *Corpus præsidens*, ein Stadt-Rath, ibi & *nudo sigillo* munitum esse Mandatum sufficit. Carpz. 1. *Dec.* 28. (quale quid in *Pagis*, licet *sigillo communi* utantur, & in *Collegio Opificum*, non obtinet.) Similiter in Mandatis *Regum*, *Principum*, *Episcoporum*, sufficit *sola Sigilli appositio*, Id. *d. art.* 1. *n.* 104. *seqq.* item in Mandato *Capituli*, *Comitum*, *Baronum*, Zanger. 2. de *Except. c.* 8. *n.* 113. *seqq.* licet non subscripserit Secretarius, *Officialis*, Consul, &c. Menoch. *II. A. Q. cent.* 2. *c.* 113. Achill. de Grass. *Dec.* 36. Admittitur etiam, si fieri possit, Procuratorium Civitatis; quanquam *non solita forma* confectum sit. *juxta* Mev. *II. Dec.* 35. Est vero tutissima Forma Syndicatus, quæ *in Judicio* concipitur, ubi causa agenda est; Mynf. 3. *O.* 18. quamvis & in Judicio, *cui subsunt constituentes*, erectum Syndicatus instrumentum facilius conficiatur: & ne quidem ipsum *subscriptione constituentium* opus habeat. Carpz. 1. *Dec.* 28.

§. V.

Actorii autem Formula cum Formula *Mandati* per omnia convenit; nec opus habet *subscriptione Mulieris* v. c. cujus Curator Actorem illum constituit; quoties Mulieris causam agit Curator. Carpz. 3. *R.* 14. *n.* 23. *seqq.* Quando autem Mulier, *ut tutrix* liberorum suorum experitur, (idem est, wann sie so wohl für sich, als in Vormundschafft ihrer Kinder zugleich, in den Gerichten zu thun hat,) tum Actorium à Curatore solo subscriptum non sufficit; verum oportet, ut idipsum simul etiam à Muliere subscribatur & signetur. Id. *d. R.* 14. *n.* 28 & *Tit.* 5. *Proc. a.* 5. *n.* 49. adde *supra c. II.* §. 14.

§. VI.

Digitized by Google

§. VI.

Ad Clausulas progrediamur, à quibus sæpe Constituentes Mandata sua *ordiuntur*, h. m. *Cum Clausulis rati, grati, indemnitatis, heredum, substituendi*, gebe ich Vollmacht. *Finientes* vero Clausulis *generalibus* videntur intelligi voluisse, *respectu præmissorum*, ut Clausulæ illæ principalem Dispositionem non immutent. Gratian. *Dec.* 79. Accipimus vero hic Clausulas *solitas*, quæ vel cuilibet *Mandato*, vel in specie *Syndicatui*, inseri consueverunt. Nam si ad *Jus Civile* respiciamus, non vitiat Mandatum omissa Clausula *ratihabitionis*, indemnitatis & satisdatoria, sive obligationis bonorum: Carpz. *Tit.* 5. *Proc. a.* 1. *n.* 81. sicut etiam *Cl. cum libera*, ut in extrajudicialibus, ita nonminus in *judicialibus*, vel maxime *propria* est. Itaque *h. l.* cumprimis experiamur, ad *Fori usum*, de Cl. *Rati*, eique & *aliis quandoque* adhibita Cl. *Hypothecæ bonorum*, quas nunc quidem diserte Mandatis inseri oportet.

§. VII.

Videlicet *Rati Clausula*, ut Procuratoriis inseratur, *Jure Civili* dispositum esse, non reperitur, vid. *l.* 6. *pr. d. condict. indeb. l.* 87. *d. Solut.* Bachov. *ad Tr. l.* 8. 8. Franzk. *ad π. de Procurat. n.* 8. Rauchb. *P.* 1. *qu.* 2. *n.* 5. *seqq. & P.* 2. *q.* 10. Schrader. *P.* 10. *de Feud. Sect.* 18. *n.* 125. & imo per se ex mandato venit. Non obstante *l.* 65 *de Procur.* quam Wesenb. *π. eod. in* 6. item Hillig. *XIIX. ad* Donell. *c.* 12. *lit. ee. & comm. alii, ap.* Berlich. *I. Dec.* 80. *n.* 2. *seq.* in contrarium aguntur. Neque enim ibi dicitur, quod in mandato Clausula rati *necessaria* sit; sed potius: *ratihabiturum* ibi continet *promissionem*, *eamque arbitrariam, tertium directam, non ad Procuratorem*: indeque directe etiam ad *Mandatum Procuratori datum* non pertinet; verum ad *Epistolam*, qua mandatum Procuratori datum esse, significatur, atque scribens tertio *ad ratihabitionem se obstringit*: cum ibi quæratur: qua cautela, (est enim textus ille ex *Eurematicis* Modestini,) efficere possit Dominus, ut tertius ille satisdationem à Domini Procuratore non exigat. Hoc fieri posse consulit Modestinus, si se Dominus adversus Tertium illum per *Rati clausulam* obligat. Interea plerisque locis *in Foro* introductum est, ut *necessario* & *semper* Mandato *cuilibet* inserenda sit: quo non modo

do Procuratori prospiciatur; sed & *magis cautum* esse queat *Parti adversæ.* Posset enim quoad hanc Procurator negligere nonnulla de quibus Dominus, etiam cavillando, negaturus sit, se ex Mandato teneri; idque vel maxime in *neglectis* seu omissis obvertere posset: quin & ipsi *Procuratori in peractis* posset difficilem se exhibere Dominus: quippe quod quæ meo *Mandato expresso* seu specifico & definito geruntur, ratihabitione non opus habeant; secus atque illa, quæ quis alias meo nomine gessit, & Mandato judiciario, (nisi extense caperetur,) inesse videri non poterant. In hunc sensum Ant. Fab. *IV. C. S. tit.* 26. *def.* 7. tradit: *solere apponi in Contractibus etiam cl. illam Rati, ne facti quæstio superesse possit, an servata sit forma mandati, & consequenter an valeat, quod ex mandato gestum est. l.* 5. *pr. Mandat. l.* 12. *C. eod.* Igitur in *Foro Wurtemb.* eam quoque *diserte* inserendam esse Mandato, notat Bocerus *Cl. VI. Disp.* 6. *th.* 55. *seq.* & in *Saxonico*, Carpz. 1. *Const. I. def.* 27. *Tit. V. Proc. a.* 1. *n.* 29. 77. *seqq. Dec.* 246. *n.* 11. *l.* 3. *t.* 1. *R.* 10. *n.* 5. 6. Berlich. *d. Dec.* 80. *n.* 2. Daß ich alles und jedes, was durch meinen, und andere von ihm substituirte Anwälde, in dieser Sache, in meinem Nahmen verrichtet und gehandelt wird, dergestalt genehm halten wolle, als wenn ich es selbst gethan, (addita etiam clausula *Indemnitatis*, si videatur, (conf. *inferius* §. 14.) auch ihn und seine Substitutos deswegen vertreten, und schadloß halten wolle. Eaque ad omnem actum *h. m.* congruit. Carpz. *d. art.* 1. *n.* 80. Nec tamen promissio illa Rati *per Principalem* necessario *sub hypotheca bonorum* fieri debet. *n.* 81. *ibid.*

§. VIII.

Atque hæc est *Rati* illa *cautio* seu promissio, quam *ipse Principalis* præstat: *Procurator* autem *Mandatum*, quod non habet, vel non habet amplius, indeque Procurator ne quidem est, per *cautionem rati* supplere non potest: *l.* 1. *C. de Procur. l.* 6. §. 3. *Quod cujusque univ. nom.* Chf. P. O. *Tit.* 7. §. 1. ibi: ungeachtet, ob er gleich cautionem de rato bestellen wolte. Berlich. 1. *Concl.* 14. *n.* 17. Carpz. 3. *Dec.* 205. *n.* 10. *Tit.* 5. *Proc. a.* 6. *n.* 6. 7. *L.* 3. *t.* 1. *R.* 8. *n.* 8. adeo, ut ne quidem simpliciter (Quid enim si fides haberi posset Procuratori ordinario. *conf.* §. 1. *d.*) *instrumenta* ad litem habere sufficiat; quamvis è manibus, cujus sunt, accepta doceantur. Mevius *III. Dec.* 23. secus atque

Ber-

Digitized by Google

Berlich. *d. l. n.* 60. cum *aliis*, opinatur. Et *Syndici* tamen ex Universitate, si caveant de rato, *mandato* licet omni *destituti*, admittuntur. Id. *d. a.* 6. *n.* 61. & *Disp.* 3. *de Arb. Consangu. c.* 8 *p.* 6. *n.* 53. *seqq.* conf. §. 11. *inferius.* Equidem si Procuratorem quem esse constaret maxime, *veteri Jure*, *Actoris* Procuratorem oportebat cavere, de defendendo. *l. un. C. de Satisd. junct. l.* 43. §. 4. *de Procur.* Procuratorem autem *Rei*, de judicatum solvendo. *l.* 6. *Judic. solvi*; nisi Dominus ipse satisdationem præstitisset. *l.* 46. §. 2. *d. Procur.* Ferebatur enim *sententia* regulariter in Procuratorem. *l.* 1. *C. de sent. & interloc. omn. jud. c. pen. de Procur. in* 6. *l.* 20. *C. eod. junct.* Mynf. *IV. O.* 11. quoties fieri posset executio in ipsum. *l. f. C. d. injur.* Fiebat autem executio in bona Domini; nisi quando Procurator non haberet Mandatum & caveret. *l.* 61. *de Procur.* (Tantum *Syndicus* judicatum solvi non satisdat ne quidem hodie: quia publica auctoritate constituitur, non aliter ac *Tutor*, & præterea Universitas solvendo esse censetur.) Ast *Moribus* nulla cautione *Procurator* gravatur, de cujus Mandato certi sumus, licet bona non habeat: sive præsens illum quis sive absens constituat; saltem quod Procurator *Rei Principalis* teneatur utrobique de *judicatum solvi* promittere; quantum ad *Forum commune* attinet.

§. IX.

Tunc vero Procurator cum *cautione Rati* admittitur, quando *Mandatum* habet; sed tale, quod *insufficiens*, imperfectum, mancum sit, aut quolibet alio defectu laboret, ut per hanc eum suppleat. *l.* 1. *C. de Procur.* §. 3. *ibique* Locam. *Instit. de Satisdat.* Chf. S. P. O. *tit.* 7. §. 4. ibi: Da ein Mandat mangelhafft, und es wolte der Anwald deros wegen, in eodem termino, de rato caviren, soll er zugelassen werden. Carpz. 3. *t.* 1. *R.* 8. *n.* 10. *Tit.* 5. *Proc. a.* 6. *n.* 57. *P.* 1. *const.* 1. *d.* 29. *n.* 6. Et *substitutus* quidem de rato cavet, non in personam substituentis, sed *Domini.* Quin & *Actoris vitium* per cautionem rati tantisper suppleri potest; ut & quando Actorium habens *sine Tutorio* vel *Curatorio* comparet. Carpz. *d.* R. 8. *n.* 11. *Tit.* 5. *Proc. a.* 6. *n.* 58. & 61. & *de Arb. Consang. c.* 8. *p.* 6. *n.* 53. *seqq.* Sic & ipsi *Tutores*, aut *Curatores*, Tutorio vel Curatorio destituti. adde Jen. Hofg. O. *c.* 11. ubi admittuntur die Anwälde, cum cautione Rati, wann sie angeloben, solche in term. proximo beyzubringen. In *Camera* admittuntur cum illa Procuratores

tores *usque ad Lit. contest.* exclusive. Mynſ. *V. O.* 49. *jung.* Mev. *VII. D.* 49. Quod ſi vero in term. de Ratihabitione Procurator non doceat, pronunciatur: Daß er die Gewehrschafft herbey zuschaffen schuldig; & una *in expensas* termini condemnatur.

§. X.

Sicut vero *tacite* ratificat ante acta, qui mandatum prius inſufficiens emendat. *l.* 5. *inf. rem rat. hab.* Mev. *II. Dec.* 32. Ita qua ratione *post definitivam sententiam*, (nam ante eam ratihaberi poteſt ſimpliciter, *l.* 56. *de Judic.*) ſi falſus Procurator fuiſſet, ratihabitio Domini admittatur, vel ſecus *ſupra c. I.* § 7. deciſum eſt: ad quæ expendi debet ejusdem Mevii doctrina, *V. Dec.* 98. ubi ad hoc, ratificatio indiſtincte admittenda ſit, conſiderat, quod *per Appellationem* cauſa *ad Litem conteſtatam* reducatur. In eo autem Procuratore, qui non omni, ſed tantum ſufficienti mandato caret, cautionem rati *ante Litis conteſtationem* exigere oportet; cum in alio poſſit defectus ille *quandocunque* urgeri; Anton. Fab. *VIII.* 23. 40. deinceps *fruſtra* urgetur regulariter *l.* 40 §. *pen. de Procur.* Mev. *IV. Dec.* 361.

§. XI.

Et ſic quidem admittuntur hi, qui *alieno nomine* experiuntur, cum cautione Rati, quando non omni Mandato deſtitui ſunt; neque dubium eſt, quemlibet etiam *Syndicum*, licet non de Univerſitate ſit, tamen quando Syndicatus inſtrumentum aliquod, ſed tamen *inſufficiens* habet, ipſum quoque cum illa cautione admittendum eſſe *l.* 6. § 3. *Quod cujusque Univ. nom.* Franzk. *ib. n.* 61. Carpz. *Dec.* 205. *n.* 3. *ſeqq.* (fruſtra *cum Conſult. Sax. diſſentiente* Berlichio 1. *Concl.* 14. *n.* 61.) Sunt tamen aliqui quos & admitti oportet, cum illa cautione, licet *omni Mandato careant.* Et quidem *ob conjunctionem*, qua *Principali* ſive Domino cauſæ accedunt. Ubi primo loco de *Syndicis* experiri oportet, quos non modo Perſonæ, ſed *& Litis*, intuitu, conjunctos eſſe conſtat Concivibus, vel membris de Univerſitate aliis. Accipio vero hic Syndicum unum vel plures, qui *de Univerſitate* ſunt, (non etiam extraneos.) Nam illos quidem, omni licet Syndicatus inſtrumento deſtitutos, ſi *de rato* caveant, tanquam Univerſit. & litis

Digitized by Google

litis consortes, admittendos esse, verior & *in Foro* recepta est sententia. Carpz. *T.* 5. *Proc. a.* 6. *n.* 62. *d. Dec* 205. *& Tit.* 9. *d. Proc. art.* 5. *n.* 61. item *Disp. d. Consang. & Affin. c.* 8. *pos.* 6. *n.* 55. add. Hilliger. *XVIII. D. E. c.* 13. *lit cc.* quam firmat etiam *favor* Universitatis *fidesque* huic à membro debita, & quod Adversarius per hoc satis *tutus* sit. Nec officiunt ea, quæ post Lauterbachium Schilterus *Exerc. X. π.* §. 53. *seqq.* adducit, quod lis hic non sit communis, ut singulis *l.* 7. §. 1. *Quod cuj. un. nom. junct. l.* 6. §. 1. *d. R. D.* Et non possit contra Universitatem & bona ejus agere adversarius; sed tantum contra *singulos caventes.* Sequi etiam hoc modo, Syndicatum haud unquam requiri: sed *semper suffecturam* esse *cautionem rati.* Enimvero, ad hæc reponere licet: quod *eandem actionem* habeat Syndicus, cum membris cæteris, certum esse, & sufficere, quod eam, licet non singulus, tamen qua *membrum est Universitatis*, habeat; quicquid sit, quod in ipsius, *tanquam caventis singuli*, bona fiat executio, si Universitas non ratihabeat; alias nemo unquam *pro universitate cavere* posset, in causa ejus, qua talis est: & tamen etiam *Defensor* in causa ejus, cum cautione de judicatum solvendo, admittitur, *l.* 1. §. *fin. Quod cujusque univ. nom. ibique* Brunnem. *n.* 8. qui tamen nec ipse mandatum habet; nec ultra de rato ne quidem cavet. vid. *l.* 45. §. *f. de Procurat.* Imo propius est, ut Syndicum illum de lite *participare* dicamus, quam *Conjunctum* vel *Maritum*; & vel qua *socium*: quoniam Universitas, qua talis, individua est. Et quid officit, quo minus quis *caveat* pro lite, *ut singulus*; quamvis lis ipsa ad eum solum spectet, qua in Universitate est: cum nec plane spectet ad *socium* lis, ex ea parte, pro qua cavet, ratione socii sui; neque etiam suo *nomine*, sed *alieno* cavetur: sicut aliarum quoque cautionum is effectus est, non ut adversus eos agatur, pro quibus cautum est; sed adversus hos, qui cautionem præstitere, vel fidejussores eorum. Nec absurdum videri poterat, semper suffecturam esse cautionem ratione. Nam sufficiet utique, si *cavere velit Syndicus*; nec adversarii interest. Imo cautum est illi magis, cum & alias constituentes Syndicum exceptioni *divisionis* renunciare oporteat, ut adversarius *conveniendi singulos* facilitatem habeat. Utique sic pari ratione non foret à socio, cohærede, marito, consorte litis, accipienda rati cautio: quia si horum aliquis eam *in omni lite* præstaret, in *nulla* opus Mandato habiturus esset. Interea potest Syndicus, qui

ita cavet, urgeri, ut *ratihabitionem* secundum cautionem *inferat*. Qui vero *non ex universitate* est Syndicus, Mandato destitutus, in eo cum cesset ratio conjunctionis, de qua modo diximus: ideo si vel maxime ad cautionem de Rato se offerat, repellendus est. Possunt etiam referri quadantenus ad *Conjunctionem Personæ*, ob *Jus* quoddam *fraternitatis*, *l.* 63. *pr. pro soc.* ut & ob *communionem rei*, *socii*, qui & ipsi cum *cautione rati* in rebus societatis pro socio admittuntur. Sed non idem est in *amico*, licet magno & singulari, qui de rato pro amico cavere, & admitti ad causam ejus suscipiendam, voluerit. Id. Carpz. *d.* 4. 6. *n.* 52. Gail. 2. *O.* 133. *n.* 2. Hillig. *XVIII. c.* 12. 1.

§. XII.

Solius vero Conjunctionis *personarum* ratio habetur in his, qui vel *sanguine* (quibus & *Affines* accedunt,) vel *matrimonio* juncti sunt *l.* 35. *pr. de Procur.* ibi: *Sine mandato agere licere liberos, licet sint in potestate; item parentes & fratres, & adfines, (& libertos.)* add. *l.* 12. *C. de Procur.* & *l.* 9. §. 1. *de Compens.* quippe quod illi credantur probe acturi esse causam conjunctorum; indeque cum cautione rati admittendi sunt, si in eodem term. eam würcklich præstent. ChS. P. O. *Tit.* 7. Wir lassen aber. Carpz. *d. art.* 6. *n.* 1. & 23. & 1. *Const.* 29. *d.* 14. & *c.* 1. *def.* 29. ut & *Dec.* 205. (Quin & Judex illam cautionem, licet ab adversario qui conjunctionem controvertit, non petitam, conjuncto in sententia *injungere* potest, juxta Modest. Pistor. *Qu.* 144.) Idque sive *pro Actore*, sive *pro Reo*. *dd. txx.* Quod enim *d. Tit.* 7. dicitur, quod conjuncti possint im Gericht handeln, *defensorio* nomine: illud non eo pertinet, ac si solum *id pro reo* liceat: (nam hoc adversum foret *dd. ll.* & *l. d.* 33. §. 3. *de Procur.*) sed quod *defensor* ibi *generaliter* sumatur pro eo, qui alterius partes sustinet, ad modum *dd. textum Juris Civilis*: quod nec aliter in *Foro* servatur. vid. Carpz. *l.* 3. *t.* 1. *Resp.* 7. *n.* 7. *seqq. Tit.* 5. *Proc. a.* 6. *n.* 13. *seq. Disp.* 3. *d. Consangu. c.* 8. *pos.* 8. *n.* 74. Admittuntur vero ex *Consanguineis* omnes lineæ *ascendentis* & *descendentis*, in infinitum; Carpz. 1 *const.* 1. *d.* 29. *n.* 2. *d. Art.* 6. *Proc. n.* 23. & *Disp.* 3. *Arb. Consangu. c.* 8. *pos.* 7. *n.* 59. ex *Collateralibus* ad quartum usque consanguinitatis gradum, exclusive. *d. def.* 29. *n.* 3. *d.* 3. *t.* 1. *Resp.* 7. *n.* 3. & *art.* 6. *Pr. n.* 25. *d. D.* 3. *n.* 62. *seq.* & *Dec.* 205. *n.* 15.

Digitized by Google

*n.*15. Quoad *Affines*, in *Foro Saxonico* non nisi Socer pro Genero, & Gener pro Socero; ad reliquos vero Affines in Linea *transversali* illud non porrigitur. Carpz. 1. *Const.* 1. *def.* 29. *n.* 4. *l.* 3. *t.* 1. *R.* 7. *n.* 4. & *Tit. V. Proc. art.* 6. *n.* 43. *Disp.* 3. *d. Consf.* & *Affin. d. pos.* 7. *n.* 65. *seqq.* & *Dec.* 205. *n.* 15. Obtinet tamen adhuc rati cautio, *dissoluta* licet inter Generum & Socerum per mortem uxoris *affinitate*. *d. art.* 6. *n.* 46. *seq.* Ob *Conjunctionem matrimonialem*, in *Jure communi*, *Maritus* de rebus *Dotalibus* & *Paraphernalibus* Uxoris agens, *cautionem rati* præstare non tenetur. *l.* 9. *C. d. R. V. l.* 2. *C. de J. dot. l. fin. C. d. pact. convent. l.* 3. *C. de J. dot.* quippe quod in dotalibus sit Dominus, in paraphernalibus Administrator legitimus. Tantum quoad *Receptitia*, sive ea, quæ penes Uxorem sunt, ceu persona *conjuncta*, Mandato destitutus. *de rato* cavet. *l.* 21. *C. de Procur.* Gail. 1. *O.* 133. *n.* 5. *seqq.* Mynſ. 1. *O.* 53. Sed *Saxonico Jure* Maritum *indistincte* cautionem rati præstare oportet. Carpz. *Tit. V. Proc. art.* 5. *n.* 30. *seqq. Dec.* 205. *n.* 15. & *R.* 7. *n.* 5. *d. Disp.* 3. *c.* 8. *pos.* 7. *n* 68. Quod & *moribus* alibi obtinere tradit D. Lauterbach. *P. I. diff. Wurtenb. n.* 34. Tantum quod ratione bonorum, venditionis gratia *æstimate in dotem* datorum, Maritus ne quidem in *Foro Saxonico*, aliove hactenus *simili*, cautione rati indigeat: Quia in his non agit nomine alieno; (*v. l.* 33. & 3. *de Procur.*) sed suo. *l.* 9. *C. de R. V. pr. Inst. Quib. al. lic. vel non. l.* 5. *l.* 10. *C. de Jur. Dot.* An vero *Uxor* etiam *pro Marito* cum Cautione Rati admittenda fuerit? ita putat Berlich. 1. *concl.* 14. *n.* 47. *seq.* modo id in *Foro Saxonico* accedente *Curatoris ad litem* auctoritate fiat. Porro qui *solum* conjunctionem in *re ipsa* vel *causa* habent, ut *Coheredes* vel alii quilibet *consortes litis*: illi non minus admittuntur pro consorte, cum *Rati cautione*, absque omni Mandato; *l.* 2. *C. de Consortib. ejusd. lit.* H. Pistor. *O.* 145. Mev. *III. Dec.* 99. tam ex parte *Rei*, quam *Actoris*. *l.* 12. *C. de Procurat. l.* 35. *ff. eod.* ChS. P. O. *tit.* 7.

§. XIII.

Cæterum in *his* non modo, verum *omnibus* superioribus, pro quibus absque Mandato, vel saltem cum Mandato imperfecto, cum *Rati cautione* quis admittitur, ratione *subjecti*, non interest, sive *sciat* conjunctus causam agi sive non; modo non appareat *de Dissensu* ejus:

Sic enim quando conjunctus vult venire contra voluntatem conjuncti, non potest utique cum cautione rati admitti; Carpz. *Tit. V. a. 6. Proc. n. 50. seqq.* Frider. Mind. *lib. 3. de Proc. extrah. c. 16.* & quid si adv. acturum ejusm. *protestetur* conjunctus; v. *l. 40. §. fin. de Procur.* nisi velit agere conjunctus pro *libertate* ejus, aut pro *defensione* Rei ad mortem; vid. *l. 6. de Appellat.* Sed nec si *præsens* sit ipse consors alter, locum habere potest alterius pro hoc admissio; ut nec si absens ad id *Procuratorem* constituerit, quamvis hic solum *mandatum indefinitum* & *generale* haberet. Similiter si consors *ratihabere non possit*, minorennis v. c. & Curatore destitutus; aut *Fœmina*, si pro ea alius, quam maritus, cum illa cautione agere vellet. Lauterbach. *P. 1. diff. Jur. Würtemb.* 33. Ratione *objecti*, sicut *ratihabitio* Domini insecuta resarcit *defectum* mandati in re, quæ *speciale mandatum* requirit. *l. 7. C. de Reb. Cred. l. 3. §. 2. Judic. solvi* ibi; *Si ratum fuerit habitum, Procurator videbitur.* (cum quidem *Jussus* præcedere debeat. *l. 25. §. 4. d. A. O. H.*) Mev. *V. Dec.* 98. Surd. *cons. 41. n.* 13. Schrader. *P. VI. de Feud. c. 3. n.* 12. Græveus *I. Concl. 47. n.* 13. Ita invito adversario non admittitur, ne quidem cum *cautione rati*, qui *mandato omni* destitutus est, in his quæ *speciale mandatum* requirunt; *arg. d. l. 7.* Hodierna *ad* Surd. *Dec. 341. n. 1. 3.* & ne quidem si Mandatum generale seu indefinitum *insufficiens* sit, vel de eo *dubitetur.* vid. *l. 66. §. 1. SC. Trebell.* Carpz. *3. t. 1. Resp. 8. n. 12. Tit. 5. Proc. art. 6. n. 67. seq. & 1. Const. 1. def. 29. n. 6. Dec. 206. n. 12.* Mevius *VII. Dec. 76.* Secus est, quando *speciale* illud Mandatum, v. c. *ad petitionem restitutionis in integrum*, dubium fuerit: Nam illud per cautionem rati suppleri posse, *ex l. 26. pr. de Minorib.* constat. *v. infra* §. Quoad *Formam*, ratione *Temporis*, nil interest, ut admittatur cum Cautione Rati v. c. consors, sive *lis* jam contestata *fuerit* ab eo, sive secus. Carpzov. *Tit. V. art. 6. Proc. n. 50 seqq.* ratione *Modi*, ut *promittatur* solum de rato, etiamsi id *jurato* fieri velit, Zanger. *P. 2. de Except. c. 8. n. 39. seqq. & n. 43.* vel imo *per scripturam*, cum *oppignoratione bonorum*, non sufficit; Carpzov. *l. 3. t. 1. R. 7. n. 12. seq.* Sed *oretenus* mündlich, & *realiter*, præstanda est, daß er würcklich angelobe, *Tit. VII.* Ch. S. P. O. §. Wir lassen aber. Berlich. *d. concl. 14. n. 9.* & datis *fidejussoribus*, *l. 21. C. de Proc. l. 1. pr. Qui satisd. cog.* vel (ut recte *Schultesius Obs. 21. n. 13.* maxime quoad *mores* nostros, *junct.* Carpz. *Disp. 3. d. Consang. & Affin.*

Assin. c.8. pos. 8. *n.*70. ubi quidem ratione *Elect. Saxon n.*71.72. ut & *in P.*1. *Const.* 1. *d.* 29. *n.* 7. tantum *immobilia* admittit, quod & securius & magis expeditum est,) *pignoribus* in judicio depositis, & ut judicialiter ad Acta registretur. Carpz. *d. l. & art.* 6. *Proc. n.* 1. ut tamen si *immobilia* habeat, wann er im Land angesessen und begütert ist, satis sit, si ea, expresse, & *judicialiter* quidem, *oppignoret*. Idem & Zanger. *d. l.* Qua ratione opus est, ut hypotheca illa constituatur, auctoritate *Magistratus* illius *immediati*, cui bona illa immobilia subjecta sunt. Carpz. *d. Const. 1. def.* 29. *n* 7. *add.* eundem *c.* 8. *pos.* 8. *n.* 70. *seqq.* Ex quo simul constare potest, quantum forma cautionis illius de rato, de qua variis locis *Jur. Civ.* agitur, variis etiam appellationibus, cautionis, stipulationis, satisdationis. *l.* 40. §. 1. 2. *de Proc. l.* 6. §. 3. *Quod cujusque Univ. nom.* §. *fin. institut. de Divisione stipulat. l.* 2. *l.* 12. §. *f. rem rat. hab. l.* 22. §. 3. *sol. matrim. l.* 26. *pr. de Minorib.* &c. *Saxonico* Foro firmior reddita fuerit. Denique & hoc ratione *effectus*, notandum est, quamvis Berlich. 2. *Dec.* 234. quem & Brunnem. *ad l.* 1. *C. de Procur. n.* 7. *seq.* recipit, sub *Rati clausula* non contineri tradant clausulam *Judicatum solvi.* Tamen non eam rationem admittendam esse, quia cum cavens *factum alienum* promittat, liberetur præstando *quantum in se fuit.* Nam licet judicatum solvere non obstrictus propterea sit præcise is, qui de rato cavit; tamen quia idem est, ac si *effecturum se* esse promisisset, rem ratihabiturum Dominum, ideo exinde cui cavit, omnino ad hoc quod ejus, ratihabitum esse, interest, obstringitur, *l.* 13. *l.* 19. *ratam rem hab.* Imo Rauchbar. *Qu.* 2. *n.* 31. statuit, si in Mandato omissa sit clausula, quod ratihabiturus sit Mandans gesta Procuratoris sui, teneri ipsum *Procuratorem* satisdare judicatum solvi. De quo *ex superioribus* §. 8. statuendum est.

§. XIV.

Succedit Clausula *Indemnitatis*: Auch meinen Anwald, und seine substituirte, aller Bürden der Rechte, insonderheit Satisdationis de Judicio sisti & Judicatum solvi zu entheben, und allerdings schadloß zu halten, bey Verpfändung meiner Habe und Vermögens, so viel hierzu vonnöthen. Quam quidem cautionem *necessariam* esse putat Berlich. 4. *Dec.* 80. Et tamen quia *vi Mandati* Dominus jam tenetur ad in-

demnitatem Procuratori suo, per contrariam Mandati actionem; indeque nulla *Lege* requiratur. Ideo, ob defectum illius, Mandatum nihilominus *integrum* esse, Carpzovius tradit, *Tit. V. Procur. art. 1. n. 81. seqq.* idque *Usu* etiam, in Judicio *Electoral. Sax. Appell.* & *Curiæ Provincialis* servari. Neque vero ob id Adversarii, sed solum *Procuratoris* interest: cui quidem, cum Dominus, præstita illa, excipere non possit, se non teneri ipsum indemnem servare in his, quæ is ei non *diserte mandasset*, ad hoc utilis esse potest, ut hanc exceptionem obvertat, ac simul promptius expensas, in executionem Mandati factas, repetere possit; maxime quod sic etiam una *actionem realem* habiturus sit: quemadmodum talem consequitur Adversarius ex *clausʃ. rati sub hypotheca bonorum.* Quin & cum *actio Mandati contraria* non nisi *ad Expensas* Procuratori detur; *l. 46. §. 5. seq. Mandat. l. 4. C. eod.* quæ autem *casu fortuito* contigerunt damna, ipse sustinere debeat; *l. 26. §. 6. Mandat.* nisi *diserte* aliud promittat Principalis. Carpz. *2. Const. 20. def. 14.* (Secus atque in *Societate*; quippe quæ communia & lucra & *damna* habet. *l. 52. §. 4. pro Soc.*) Inde vel ex hac *mira Cl.* ad restitutionem damni *cujuslibet*, in mandato exequendo accepti aut perpessi, Dominus Procuratori tenebitur.

§. XV.

Sicuti vero jam modo expositæ istæ Cautiones, *Rati* & *Indemnitatis*, ad *quoslibet* pertinent; ita ad *Syndicos* peculiariter respicit *Clausula renunciationis Beneficio Divisionis & Excussionis*: quæ toties opus est, ad monitum sive *exceptionem Adversarii*, quoties Universitas *Actoris* vice, non etiam quando *Rei*, fungitur; indeque non *simpliciter*, sed solum *ad declinandam Cautionem pro Reconventione & Expensis.* Nam licet Universitas *solvendo* esse videatur; tamen quia rustici v. c. non agunt tanquam singuli: unde illos non sublevat, daß auch sie besonders angesessen: quin & *sententia dividit* obligationem, *l. 5. C. si plures una sentent.* quod molestum foret Adversario: Hinc utique, ut renunciatione hac prospiciatur adversario, atque is de Universitate quemlibet deinceps *in solidum* convenire, nec conventus etiam ad *ordinem* excussionis provocare possit, necesse est, ut caveant: daß wann sie etwas nomine expensarum oder reconventionis zu præstiren haben

haben solten, sie so dann in solidum ohne einige Division, wie auch ohne Ordnung der Excussion, deswegen verhafft seyn wollten. *add.* Carpzov. *Tit. IX. Proc. art. 5. num. 53. sequ.*

§. XVI.

Satis de Mandati sive Procuratorii *Forma communi* seu *promiscua*. Nunc etiam de propria experiamur, quatenus scilicet Procurator aliquis, vel *specialiter* vel *cum libera*, constituitur. Ubi quidem *in genere*, ex *superius* dictis (*c. V.* §. 13. 18. & 20.) præmittendum est, quid hic *Specialis Mandati* nomine intelligamus, videlicet hoc, quod *ratione formæ* sic appellatur, & in illis causis, sive *Judicialibus* sive *Extrajudicialibus*, *necessarium* est, quæ magni præjudicii esse, vel Legibus vel sententia Doctorum, declaratum reperitur, aut per argumenta idonea concludi potest. vid. Carpzov. 1. *Const.* 17. *def.* 43. *n.* 6. *Lib.* 2. *Tit.* 9. *Resp.* 99. *num.* 5. *seqq.* & *Lib.* 4. *Tit.* 5. *Resp.* 36. *num.* 4. *Tit. V. Procur. art.* 2. *n.* 14. *seqq.* & *Tit.* 14. *art. n.* 91. *Dec.* 29. *n.* 3. & *Dec.* 30. *n.* 5. *Dec.* 237. *num.* 4. *seqq.* Kettler. *Dec.* 80. *n.* 6. *ubi ppll.* Unde quamvis Procuratorem cum *speciali Mandato* admitti in *omnibus* causis regulariter oporteat. *cap. VI. de Feud. concl.* 37. (Nam *personalissima* non tantum per Procuratorem fieri nequeunt; Carpzovius *part.* 1. *Constit.* 12. *defin.* 42. *num.* 14. verum etiam causas plures, quæ nullam penitus Procuratelam admittunt, *exceptas* esse, constat.) Tamen in his alius, nisi qui Mandatum speciale habet, ne quidem regulariter admittitur: *c.* 4. *de Procur. in* 6. quin potius *expressis verbis* articuli illi selecti Procuratori committendi sint; Idem *T. V. art.* 2. *Proc. n.* 6. id quod est in Legibus nostris *nominatim* committi. *l.* 47. *seq. de Pact. l.* 65. §. 7. *pro soc. l.* 25. §. 4. *seqq. d. A. O. H.* Und muß der Procurator sich, durch Vorlegung eines hierzu sonderlich ertheilten Mandats, legitimiren; adeo ut nec *Charta bianca*, (licet in hoc *extensa* sit, vid. §. 1. *supra in fine*) sufficiat, quando in *subscriptione* ad diversum quid *restricta* fuerit. Carpz. 2. *Dec.* 237.

§. XVII.

Et quamvis censeri possit sufficere ad talia, quando ea im Haupt-Mandat expressa repeteriuntur; tamen & hoc cum grano salis accipiendum

dum est. Videlicet distincta quoque ineunda est ratio illorum actuum, qui in varias iterum species & casus abire possunt. Sic enim si Constituens Procuratori judiciario *transigendi* potestatem, (quod alicubi fieri oportet; saltem in Citationibus injungitur, zur Güte und Recht, si *reassumendi* litem, & similium, dederit: omnino satis est, si vero recognoscendi *Documenta*, (nec tamen *qualia* recognoscere habeat, exprimatur,) si *juramenta deferendi* & *referendi* facultatem concesserit: ita vero cum constituens scire non potuerit, quid deinceps in Processu enasci posset, super quo jurandum sit. Ideo non potest etiam Procurator vi Mandati illius ad jurandum admitti. v. Mev. *V. Dec.* 391. *& I. Dec.* 237. Atque hoc *Judiciorum Usus* merito servat. Multo minus mandatum speciale supplet hoc, quo Procurator constituitur: Solte auch meinem Mandatario eine mehrere Gewalt, als hierinnen ausdrücklich begriffen, vonnöthen seyn, will ich ihm solche, auch in denen Fällen, welche ein Special-Mandat erfordern, gleich als ob er hierdurch dazu in specie cum libera bevollmächtiget wäre, gegeben und mitgetheilet haben. Quamvis enim sola *Cl. cum libera* sit ejus potestatis, ut non obverti possit Procuratori, quod unus alterve actus Processus in Mandato *expressus* non fuerit; Carpzov. *Tit. V. Proc. art.* 1. *n.* 83. Tamen non pertinet ista Clausula ad actus illos, qui *expressionem necessario* exigunt. Estque verior omnino sententia, Procuratorem *generalem* ad agendum, defendendum & ut omnia expedire possit *cum libera*, quæ ipse coram potuisset Principalis, *etiamsi speciale Mandatum exigerent*, adeo non admitti ad articulum, speciale Mandatum præcise requirentem per *expr. textum* in *c.* 4. *pr. de Procur. in* 6. *junct. l.* 40. *ff. eod.* add. §. 41. *inferius.* & (ne quidem ad hoc, ut in illis *defendere* Principalem possit. *c.* 5. *pr. eod. in* 6.) ut ne quidem, hoc obtineat simpliciter, si in Mandato ejusmodi sint *expressi casus aliqui, speciale* Mandatum *requirentes*, quasi tunc videlicet illa ratione, *vi clausula generalis*, vel *præmissa* vel subjectæ, Procurator iste ad casus quoque *non expressos* admittendus sit. Enim vero, quod dicitur in *d. cap.* 4. *Si aliquis articulus vel plures, de speciale mandatum exigentibus, specificati fuissent, adjecta Clausula generali,* (h. e. quod debeat posse *generaliter omnia, quæ mandatum speciale exigunt. cl.* 2. *de Procurat.*) *Tunc Procuratorem etiam ad non expressos admitti.* Illud accipiendum est, de his, qui possunt *tacite intellecti haberi*: illis scilicet, qui non diversæ natu-

naturæ ſunt, (nam ſi ad tranſigendum habeat expreſſum mandatum Procurator, non poſſet utique videri habere tacitum ad donandum: & qui ad *alienandum* hereditatem, non poſſet videri habere poteſtatem ad *tranſigendum ſuper ea:*) & qui non ſunt *graviores* aut *majores*! per *d. cl. 2. de Proc. junct. c. 15. de Reſcript.* Lancellot. 1. *Dec.* 670. Verall. 2. *Deciſ.* 187. ubi qui Mandatum dedit ad conſentiendum Regreſſui, ille etiam poteſt conſentire Translationi penſionis, quia hæc non eſt major expreſſo articulo. Sane ut quis *referat Juramentum* delatum, gravius eſt & majori cautione indiget, quam *delatio* Juramenti, quam forte Conſtituens ſuper cauſa principali, vel articulo certo ejus, Procuratori ſuo *ſpecialiter* mandavit. Hinc etiam Barboſa *ad d. c. 4.* illud *num. 5. ſeqq.* in variis *limitat* actibus.

§. XVIII.

Eſt quoque de *Syndico* obſervandum, nonnullos docere, quod ſi is Mandatum *generale* habeat, non poſſit agere illa, quæ ſpeciale Mandatum deſiderant; *arg. l. 60. de Proc. l. 34. §. 1. de Jurejur.* Secus ſi Mandatum haberet *cum libera:* in quam ſententiam quoque Gailius *II. O. 72. n. 11.* citatur. Sed confunditur ibi Gailius, dum confundit Syndicum univerſitatis, cum Adminiſtratoribus, v. c. Senatu Civitatis, qui huic præeſt, atque *rerum Adminiſtrationem* habet, à Lege ſcilic. publica; indeque ad *Tutorem* propius accedit. Confundit etiam ad Mandatum *cum libera,* (quale plerumque habet quilibet Procurator ad cauſam Judiciariam; & ſic poſſet Syndicus etiam omnia ea agere vi illius, quæ ſpeciale mandatum exigunt,) cum mandato *ſpeciali.* Indeque verius eſt, Syndicum non minus oportere habere *ſpeciale* Mandatum, in omnibus illis actibus, qui in Procuratore etiam alio tale exigunt. *Adminiſtratores* vero *Rerumpublicarum* omnino poſſunt ea omnia, quæ ſub Mandato cum libera veniunt; indeque ea etiam Syndico ſuo mandare valent. Unde ne *Prælatus* quidem *Appellationi* poteſt *renunciare*, multoque minus *rei judicatæ*, Berous *Conſ.* 187. *n.* 48. *add.* Oddum *Qu.* 31. *de Reſtit. in int. art.* 7. Quamvis habeat tam intra quam extra Judicium poteſtatem *cum libera*; neque *Pater* ceu legitimus Adminiſtrator rerum filii.

§. XIX.

Denique sicut Procurator, quando illa non facit, quæ *speciale Mandatum* requirunt, *negligentiæ* teneri non potest, v. c. si non petat Restitutionem in integrum adv. sententiam. Mevius *V. Dec.* 270. Ita, licet *rati cautio* defectum Mandati specialis non suppleat, (de quo *superius* §. 13. v. Carpz. *Dec.* 205. *n.* 10. *& Proc. Tit.* 5. *a.* 6. *n.* 67. *seq.*) Tamen *ratihabitio* illud supplere potest, in his etiam, ubi exigi poterat tale ab initio. Saldago *Dec.* 12. *post Labyr. Creditor. n.* 10. *v. d.* §. 13. non tantum, ubi non erat necesse, ut præcederet, velut in delinquendo. *l.* 3. *Quod quisque juris in alt.* Ut v. *tacite* inducatur ratihabitio, non modo difficile, sed nec *in judicialibus*, nisi ex evidenti *assensione*, colligendum est. v. Surd. 3. *cons.* 328. *n.* 28.

§. XX.

Quandoquidem vero *Casus* annotare proficuum sit, in quibus *speciale Mandatum* produci oportet; de quorum aliquibus junctim agunt Carpzov. *L.* 3. *tit.* 1. *Resp.* 11. *& L.* 2. *Resp.* 99. *n.* 5. *seqq. Tit. V. art.* 2. *Proc. n.* 14. *usque ad* 54. Zanger. *P.* 2. *d. Except. c.* 8. *n.* 18. *seqq.* Kettler. *Dec.* 80. *n.* 6. *seqq.* & Motius *ad Tit. de Divis. Mandat.* ubi eorum 97. collegit. Hinc *potiores* adducere volupe est. Quos ita disponemus, ut eorum alii ad *extrajudicialia* pertineant, aliqui *Judicialia* sint. *Illa* vel ad *animi declarationem* respiciunt, vel ad *Actum* ipsum. Et quidem ad hoc, ut quis voluntatem alterius declaret, speciali Mandato indiget. Natta *cons.* 230. *n.* 8. Surd. 2. *cons.* 281. *n.* 31. & *Decis.* 89. *n.* 20. item Hodierna *ad Decis. ejus* 215. *n.* 9. Actus v. ipsi vel ad *personas* referuntur, vel ad *res*. *Ibi* Interdictum *de Liberis exhib. & ducendis* non potest movere Procurator; nisi id *nominatim* etiam *mandatum* sit *l.* 40. *pr. d. Procurat.* & quoad causas *Spirituales* in *Matrimonio* contrahendo, sive quærendo v. c. sponso vel sponsa; quippe in quo specialis persona designanda est. *l.* 34. *pr. d. Ritu Nupt. c. fin. d. Procur. in* 6. Mev. *VIII. Dec.* 2. 7. Mandatum quoque *posterius* ad contrahendum *speciale*, operari *ratificationem* contractarum, asserit Alexand. (*ab Imola*) *V. cons.* 146. Similiter speciale Mandatum in *petenda absolutione*, v. c. ab Excommunicatione, & in *Spiritualibus aliis*,

aliis, exigitur. Fr. Marc. *Dec.* 35. (Quamvis alias in causis matrimonialibus æque ac in beneficialibus & spiritualibus aliis, in Judicio peragendis, quousque hoc per Procuratorem fieri potest, Procurator etiam *generalis* admittatur. Verall. *Dec.* 27.)

§. XXI.

Quoad *res* ipsas, attendendum est, tum ad *negotia licita*, tum *illicita*. *Ibi acquisitionem* & *alienationem*. Et quidem ad *acquirendam hereditatem*, sive adeundum eam, *speciali Mandato* opus est. Carpzov. *l.* 3. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 10. Ad *solutionem recipiendam* & *quietandum* non minus; & in specie in solutione *dotis*, quam Pater à marito exigit nomine filiæ. Idem *d. l. n.* 1. *Tit.* 5. *Proc. art.* 2. *n.* 46. ad distrahendum, sive *alienandum*, *l.* 16. *C. d. Procurat.* quod ad *actorem* ibi, & *in l.* 63. *ff. eod.* ad *servum* applicatur; sive res illæ *mobiles* sive *immobiles* sint; nisi res fuerint, quas *servando servare* non licet *d. l.* 63. *Remittere* vero pignus, vel ipsum debitum, ut & *donare*, speciale Mandatum requirit simpliciter. Tiraquell. *ad l. Si unquam. C. de Revoc. don.* verb. *donatione largitur. num.* 174. quia hoc non est unquam *administrare. Dec.* 2. *Cons.* 298. Sic & *Remissio Caducitatis* ex Commisso requirit *speciale* Mandatum. Qua ratione si vel maxime Procurator mandatum habeat *ad recipiendum Canonem*; non tamen Mandans per hoc præcise *remissionem* Caducitatis mandasse censetur, Afflict. *Dec.* 129. *n.* 10. Menoch. *V. Cons.* 460. *n.* 14. Honded. 1. *Cons.* 55. *n.* 86. (ita ut ne quidem *cum libera* sufficiat. Idem *n.* 87.) quoniam mandatum de *præteritis* præstationibus intelligendum est, non his quæ post Commissum deberi poterant. Surd. *Dec.* 181. *n.* 15. & 317. *n.* 12. 24. *seq.* Quas quidem si *citra Mandatum* speciale exegisset, ne quidem sic remissio Caducitatis induci potest; nisi quod ratificatio per hoc inducatur, si Dominus exactos illos in rationes suas recepisset. Riminald. *Jun. cons.* 22. *n.* 21. Honded. *d. l. n.* 87. Ruyn. *I. Cons.* 151. *n.* 12. Unde *Negotiorum Gestor* recipiendo Canonem multo minus efficit, ut caducitas pro remissa habeatur. Surd. 3. *cons.* 307. *n.* 4. *seq.* Rursus etiam *Declaratio Caducitatis* speciale Mandatum postulat. Carpz. *Lib.* 3. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 6. Surd. *Dec.* 181. *n.* 14. Hodiern. *ad Surd. Dec.* 29. *n.* 13. Verall. 2. *Dec.* 181. Quoad *illicita*, non extenditur

 Man-

Mandatum, quantumcunque generale, ad ea, per quæ Dominus *in commissum* aut *delictum* caderet; *l. 5. §. 1. Quod quisque jur. in alt. l. 60. §. 4. Mandat. l. 6. de condict. indeb.* verum *speciale* ad hoc mandatum desideratur. v. Surd. *Tit. 9. d. Aliment. qu. 26. n. 112.* Caldas de *Empt. c. 13. n.* Caputaq. 2, *Dec.* 184. Garc. de *Benefic. P. 11. c. 3. n.* 169.

§. XXII.

Judicialia quod concernit, referri ea possunt ad *Litium* tum *Compositionem*, tum *Tractationem*. Illa fit vel cum *certa ratione*, vel *simpliciter*. *Prius* fit maxime per *Transactionem*, aut Compromissum. *Posterius* per *Renunciationem*. Et ad *transigendum* quidem *speciali* Mandato (nec tamen id *præcise*,) indiget Procurator. *l. 60. d. Procur. conf. l. 7. C. de Transact. c. 4. de Procur. in 6. c. 9. de Arbitr.* Kettler. *Dec. 80. n. 6. seqq.* Anton. Fab. *IV. C. Sab. Tit. 26. def. 4.* Indeque inseritur: Zur gütlichen Handlung. Gütliche Handlung und Vergleichung zu pflegen; in deren Entstehung aber rc. Qua ratione tuto cum Procuratore transigere licet, quoniam Instructio illius secreta ad fines Mandati pertinet. Qui vero bonorum *omnium* habet *administrationem*, quamvis sine libera, aut qui saltem *causæ* administrationem habet, cum *potestate libera*: Illi non minus transigendi facultas competit. Hoc enim vult Pontifex in *c. 4. de Procur. in 6.* Atque sic in *Transactione*, ut & *Jurejurando* (quæ species ibi expressæ sunt,) *peculiariter* obtinet, quod quidem speciali mandato instructus illa possit; nec tamen speciale Mandatum *præcise* requiratur; sed & *omnium bonorum* aut *cum libera* sufficiat. Idemque Juri Civili quoad *Transactionem* congruit: per *l. 12. de Pactis.* Cui quidem non adversatur *l. 60. de Procurat.* ibi: *Mandato genrali non contineri etiam Transactionem decidendi causa interpositam, & ideo si postea is, qui mandavit* (generaliter,) *transactionem ratam non habuit: non posse eum repelli ab actionibus exercendis.* Nam ille textus loquitur de generali Mandato *formaliter* tali, eoque in *una* re vel causa *particulari*, quod cum *indefinitum*, neque etiam *objecti* ratione *amplum* sit, prout *nec in judicium* talis *Proc. causas deducere potest:* (v. *d. l. 12. de Pactis*) Inde nec transigendi potestatem ille habere videtur. Plane si *præcise* ad causæ *actionem* sive *Processum* quis constitutus sit, transigere non potest. *d. l. 7. C. de Transact.* Sic

Digitized by Google

Sic & *Compromissum* requirit eodem modo *speciale* Mandatum *c. 9. x. de Arbitr.* Benintend. *Dec.* 21. Ant. Fab. *d. Def.* 4. Deinde ad *Renunciationem Litis* jam intentatæ admitti non potest Procurator absque speciali Mandato; Carpz. *Tit.* 5. *Proc. art.* 2. *n.* 24. *&* 43. *& l.* 3. *t.* 1. *R.* 11. *n.* 12. nec enim eo se extendit dominium litis quod habet. Imo nec *exceptioni peremptoriæ renunciare* valet; Riminald. *jun. consf.* 81. *n.* 27. neque tutum est asserere, quod possit *dilatoriis*, si mandatum habeat *cum libera*: quodquidem nunc plerumque habent Procuratores Judiciales, nisi penitus *ex dominio litis* pendeant, illudque *liberius* factum *per clausulam illam* videri posset. Videlicet nunquam potest Procurator *simpliciter* quid dimittere *in damnum Domini*, *qualecunque* etiam Mandatum habeat, si non habeat speciale. Potest tamen nocere Domino, ut litem perdat, & potest litem perimere *per consequens*, *non appellando.* Franc. *ad c.* 64. *d. Appell. n.* 13. Imo ne quidem sententiam adversam *diserte approbare* potest, sich für ein widriges Urtheil bedancken, citra *speciale* Mandatum Domini; quippe quod hoc nil videatur esse aliud, quam *renunciare*: cum tamen nulla Procuratoris valeat citra Domini speciale Mandatum renunciatio.

§. XXIII.

Ad hæc, quæ *Tractationem* Causæ ipsam respiciunt, progrediamur: quam spectare licet in *Objecto* & *Forma*. *Objecto* quidem sive Causa, quæ vel *Adversario* gravis & ardua est, vel *nobis*: cum in genere tenendum sit, quod in quovis *arduo* & ponderoso negotio Mandatum *speciale* desideretur. Carpz. *l.* 4. *t.* 5. *Resp.* 36. *n.* 4. Utrobique causa tum *Civilis* tum *Criminalis* est. Et *Adversario* quidem gravis est causa Arresti. Carpz. *d. l. n.* 2. *& tit.* 29. *Proc. a.* 2. *n.* 11. item *Capturæ*, (in cujus *revocatione* idem est:) Carpz. *l.* 3. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 7. tum & Accusationes, si quæ per Procuratorem peragi possunt. Surd. *Dec.* 89. *n.* 19. Neque etiam Procurator admittitur citra speciale mandatum, ad *opponendum crimina* & *defectus*, contra *electum* aliquem. *c. super his: x. de Accusat.* Ut tamen si ad hoc speciale habeat Procuratorium, id sufficiat, quamvis in eo *crimina*, quæ objicienda habeat, *expressa* non sint. *cl.* 2. *x. de Procur.* Innocent. *inc.* 1. *in fin. de Elect. in* 6. Quod vero de Procuratore diximus: idem quoque de *Syndico* asserendum est; Mynf. *IV. O.* 76. qui alias in eo à Procuratore

hac in parte distinguitur, quod cum Procurator in accusatione regulariter non admittatur: istud in Syndico, quod *Universitas* hactenus rationem singuli non habeat, secus sit. Carpz. 3. *qu. cr.* 105. *n.* 10. *seq.* & *tit.* 5. *art.* 4. *n.* 17. ubi quod ejusmodi Syndicus quandoque *Fiscalis* appelletur.

§. XXIV.

Nobis vero graves utique sunt *actiones famosæ*, si non Procurator exacte instructus sit, (cum quidem ad *movendum tales actiones* speciale Mandatum non desideretur, sed vel *omnium rerum procuratio* sufficiat. *l.* 17. §. 16. *de Injur. c.* 5. *supra.* §. 16. (conf. Umm. *Disp.* 3. *ad Proc. th.* 37.) Unde nec Procurator actiones eas, quæ *ad infamiam Rei* pertinent, defendendo *suscipere* potest; nisi hoc ei *nominatim* mandatum sit; *l.* 39. §. 1. *d. Procur.* ubi verba: *non facile per Procuratorem quis suspecti accusabitur: quoniam famæ causa est*, hoc volunt, non facile solet aut debet tutor, suspecti accusatus, per Procuratorem litem suscipere. Potest tamen id fieri, si specialiter hoc ipse Procuratori mandaverit, &c. *add.* C. J. A. *ad Tit. de Procur. th.* 28. *n.* 4. Quin & licebat Reo in famosis pacisci & infamiam evitare. Admittitur tamen Procurator, etiam sine speciali Mandato, ad excusandum *absentiam* Rei, in Criminibus. *l. pen.* §. 1. *de publ. Judic. l.* 33. §. 2 *de Procur. l.* 3. *C. de Accus.* Sed non etiam absque *speciali* Mandato ad causam *principalem*, etiam in Criminibus illis, quæ alias Procuratorem admittunt; ut sunt *non capitalia.* Carpz. *qu. cr.* 105. *n.* 77. Utique *Syndicus* in omni Crimine admittendus est, etiam quando *contra Universitatem* agitur. Carpz. *qu. cr.* 105. *n.* 12. Qui tamen & sic *speciali Mandato* indiget. Plane ut Dominus ex facto Procuratoris *in pœnam incidere* queat, oportet ut pœnale quid Procurator, ad mandatum Domini *speciale*, susceperit. Flamin. Chartar. *Dec.* 92. Quando autem *Procurator ipse* quid facere *tenetur*, ex Legis præscripto vel Judicis: ita Procurator potius in pœnam incidit. vid. *l. un.* §. 2. *Si quis jus dic. non obtemp. junct. c.* 1. *&c. ut lite non contest.*

§. XXV.

Ulterius, si Procurator *Factum Domini impugnare* voluerit, speciali Mandato instructus esse debet. *l.* 30. *Mandat.* Carpz. *l.* 2. *tit.* 9. *Resp.*

Digitized by Google

Resp. 99. *n.* 10. idem si *ad rescindendum* contractum agere. Ant. Fab. *Lib.* 3. *C. S. Tit.* 25. *def.* 8. Idemque est in petenda *Restitutione in integrum*; quippe quod *nominatim* ei mandandum est, *l.* 25. §. 1. *de Minorib. c.* 7. *x. de in int. restit.* Quia per illam retractatur, quod gessit Dominus; Procurator vero citra speciale Mandatum *contra factum Domini* venire nequit, *d. l.* 30. *Mand.* Covarruv. *l. Resol.* 6. & *contra jus commune*, sive regulare, vergit Restitutio. Carpz. *Tit.* 19. *Proc. art.* 1. *n.* 26. *seq.* & *l.* 3. *Resp.* 11. *n.* 3. Perez *ad Tit. C. Etiam per Proc. caus. in int. rest. agi. n.* 1. Ut tamen *causa*, *ob quam* petitur Restitutio in integrum, Mandato inseratur, non opus est; Covarruv. *d. l.* Mynf. *II. O.* 26. præterquam si & ipsa causa *per se* talis sit, quæ vel sola *mandatum speciale* exigeret; v. c. ad hereditatem adeundam. Mynf. *d. l.* Plane si *specialiter* Restitutio in integrum *commissa* sit; *ambigua* vero sit & *dubia* formula: ita vero admittitur Procurator, si *de rato* caveat. *l.* 26. *pr. d. Minorib.* Sf. Oddus *qu.* 31. *art.* 12. *de Restit. in int.* Nam ex hoc non potest sequi, cautionem rati resarcire *Mandatum speciale* posse; sed solum quod illa Mandati specialis, quod Procurator habet, ambiguitati vel obscuritati mederi queat; ut ipsa *Lex* 26. quæ protinus *l.* 25. sequitur, satis innuit. *add.* dicta *superius* §. 13. Non etiam requiritur Mandatum speciale, in petenda Restitutione in integrum; si petitio illa fiat *incidenter*. Dd. ad *c. suscitata* 6. *de Restit. in int.* quippe quod cui commissa est litis prosecutio, ei non possit non commissum censeri id, sine quo ista fieri non potest. *l.* 56. *de Procur.* Mev. *V. Dec.* 69. *add.* Carpz. *L.* 3. *t.* 1. *R.* 11. *n.* 3. *Dec.* 207. *n.* 2. *Proc. tit.* 5. *a.* 2 *n.* 47. ex quo inferunt, quod Restitutio postulata *contra sententiam* latam *adversus eum*, qui illam petit, non requirat speciale Mandatum: quoniam hæc Restitutio incidenter veniat ex his, quæ prius acta sunt, & judicium consequuntur; indeque Mandatum ad judicium illud eo extendere oportet. *l.* 46. §. 3. *de Procurat.* Mantica. *VII. d. T. A. C. Tit.* 22. *n.* 24. *seq.* Quod si vero petatur *pro eo* qui obtinuit sententiam, secus esse. *d. l.* 25. §. 1. *de Minoribus.* Sic & restitutionem principaliter non potest petere, qui *generale Mandatum* habet, de *universis negotiis* gerendis. *d. l.* 25. §. 1. *junct. l.* 26. *eod.* Non etiam poterit eam petere *Syndicus*; ne quidem is, qui publico & *perpetuo* Syndici *officio* in Civitate vel Collegio gaudet; quicquid velit. Berlich. 2. *Dec.* 217. Nam in ipsis *Administratoribus*, (quos male cum Syndicis passim confundi videmus,)

mus,) uti est Senatus Civitatis, diversum est; quippe qui & transigere & alia facere potest, quibus meliorem putat causam reddi publicam. Sic & *Tutor, Curator, Prælatus*, qui nempe propius ad Dominorum jura accedunt, Restitutionem in integrum *citra speciale Mandatum* petere poterunt. Berlich. *d. l. n.* 4. Mynf. *d. l.* Maurit. *c.* 27. *de Restit. in integr.* Quod vero diximus de Restitutione in integrum: idem porrigit Glossa *ad c.* 4. *x. de Procur.* ad impetrationem *Rescripti* contra Jus commune.

§. XXVI.

Mandata specialia, quæ ad *Litium* peragendarum *formam sive Modum*, respiciunt: referri possunt ad litem tum *suscipiendam*; tum *resumendam*. *Ibi in se & in effectu.* *Prius* circa *ingressum Litis*, & *Litem ipsam*. Ad *ingressum Cautiones* pertinent. Ubi quidem Procurator *de rato* cavere non potest, in casu, quo *Mandato* omni *destitutus* est, citra Mandatum *speciale*, v. c. pro consorte Principalis sui. Carpz. *tit.* 5. *Proc. art.* 2. *n.* 43. *seqq.* & *art.* 6. *n.* 5. & 61. *Dec.* 237. *n.* 3. *L.* 3. *t.* 1. *R.* 11. *n.* 20 *seq.* Berlich. 1. *Concl.* 14. *n.* 68. *seqq.* Indeque ad Acta referri solet: hat, Krafft der von seinem Principalen darauf eingerichteter, ausdrücklichen Vollmacht, wegen dessen Geschwister, (Consorten N. N.) cautionem Rati, mit Verpfändung desselben, (seines Principalen) Habe und Vermögens, so viel hierzu vonnöthen, an Gerichtstelle, actu corporali angelobet. Similiter ad Cautionem *judicatum solvi* Mandato *speciali* opus est. Carpz. *L.* 3. *t.* 1. *Resp. n.* 22. Ad præstationem vero *Guarandæ* (quæ ut magis in oculos incurrat, in judicio *actu corporali* fit, und *in Criminalibus* contactu gladii evaginati angelobet wird. Hering. *c.* 10. *de Fidejuss. n.* 143.) Procurator *speciali* Mandato non indiget. Carpz. *Tit.* 5. *Proc. a.* 2. *n.* 53. & *Dec.* 30.

§. XXVII.

Lis ipsa in *intentione* & *probatione* versatur. *Illa* per *Litis contestationem* dirigitur: quam sicut necesse non est, Procuratoris *Mandato* exprimi, Mynf. *IV. O.* 99. unde nec speciali Mandato, indiget: Carpz. *Tit.* 5. *Proc. a.* 2. *n.* 50. & *Dec.* 30. *n.* 13. ipsaque Procuratoris *Confessio* ad Positiones, citra speciale Mandatum, Domino præjudicat, *c.* 21. *d. re judic. c.* 20. de *Censib.* Ita si protinus citra necessitatem, prius-

prinsquam ad actionem respondere tenebatur, confessus sit Procurator, donasse videri potest; ad quod mandatum non habet. *v. l* 6. *de Confess.* Potest etiam Dominus *confessionem* Procuratoris sui ad positiones *revocare*, si errorem ejus doceat; *arg. c. fin. x. cod.* sive juris ille fuerit sive facti.

§. XXVIII.

Ad *probationem* pertinet inter alia, *recognitio Documentorum*. Et sicut documenta *producere*, ad recognoscendum, non requirit speciale Mandatum: ita ut Procurator producta recognoscere possit, quia res est magni præjudicii, (Carpz. *l.* 3. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 17. *& tit.* 5. *Proc. a* 2. *n.* 24.) *speciali* Mandato instructus esse debet. *d. R.* 11. *n.* 16. *& a.* 2. *n.* 6. 24. 29. *& t.* 14. *a.* 2. *n.* 91. 96. *L.* 2. *t.* 9. *R.* 99. *n.* 6. *& Dec.* 206. *n.* 1. 2. Finckelth. *O.* 100. *n.* 24. (Sicut etiam pari ratione unus ex *consortibus* absque mandato speciali recognoscere non potest. Carpz. *d. art.* 2. *n.* 38.) Ubi quidem non requiritur, ut in specie in Mandato exprimatur, *quænam* & *qualia documenta recognoscere* posse debeat: quoniam videl. notitiam habere censetur Principalis illorum documentorum, quæ ad causam illam pertinent, & dexteritati Procuratoris commissum putatur, ut examinare ipsemet possit, quænam documenta, & quousque, recognoscibilia sint. Cæterum ad *Copiarum recognitionem*, si forte illas recognoscere velit Procurator, zur Beförderung der Sache, non minus *speciali Mandato* indiget; alias nihil agit, Carpz. 3. *Dec.* 307. Atque si recognitio *per Mulierem* fieri debeat, ist dieselbe, entweder nebst ihrem Curatore in Person, oder vermittelst eines zur Recognition insonderheit bestätigten Curatoris, oder auch mit dergleichen Macht erscheinenden Actoris, die Documenta zu recognosciren verbunden. Quod si etiam Procurator documenta *pro editis habere* velit, speciale mandatum ad hoc habere debet. Idem Carpz. *tit.* 5. *Proc. art.* 2. *n.* 33. und hat der Procurator deshalben eine absonderliche Vollmacht, die Documenta pro editis zu halten, ad Acta zu legen. add. *Dec.* 207. indeque non sufficit ad hoc mandatum *cum libera.* Ipse Carpz. *ibid. n.* 19.

§. XXIX.

Ulterius, ad Probationem suo modo *Juramenta* pertinent. Ubi

ad *deferendum* Juramentum non sufficit generale seu *indefinitum* Mandatum, sed *speciale* requiritur. *l.* 17. §. 2. ibi: si idipsum *nominatum* mandatum sit. *& ll. seqq. d. Jurej. c.* 4. *d. Proc. in* 6. Surd. *Dec.* 159. Carpz. *tit.* 11. *Proc. art.* 1. *n.* 137. *seq. & tit.* 5. *a.* 2. *n.* 46. *seq. Lib.* 3. *t.* 1. *R.* 11. *n.* 4. *& tit.* 5. *n.* 4 nec *cum libera* sufficere aut *rati cautionem*, vult Mauritius *Consil. Chilon.* 13. *n.* 4. (quod tamen cum adversum sit partim *c.* 4. *x. d Procur. in* 6. partim etiam *arg. l.* 26. *pr. d. Minoribus.* Ideo vide, quæ tradidimus, quoad *prius*, in §. 32. & 41. *inferius*, quoad posterius *supra*, §. 13.) Sic & *ad juramentum referendum d. art.* 2. *n.* 46. *seq. L.* 3. *t.* 1. *Respons.* 11. *n.* 4. *acceptandum*, *offerendum*. Carpz. 1. *Const.* 12. *def.* 12. Quanquam *præstatio* juramenti ipsa *per Procuratorem in Foro Saxon.* fieri non possit. Idem *d. R.* 12. *n.* 5. *Dec.* 37. *n.* 5. 18. *Dec.* 178 *n.* 3. *& Dec.* 307. *n.* 2. *tit.* 11. *Proc. art.* 2. *n.* 24. *seqq. n.* 48. Chs. P. O. *tit.* 18. §. Es soll auch. adeo ut ne quidem *illustres personæ id* possint. *n.* 32. *seqq.* Worunter auch Grafen und Freyherren begriffen, tantum quod non hi in Audientia, sed in der Neben-Stuben, juramentum deponant. *d. tit.* 18. Potest tamen quis per Procuratorem, etiam *in Foro Saxon.* se *offerre* ad Juramentum, si ad hoc *speciale Mandatum* Procurator dederit. Carpz. *d. tit.* 11. *art.* 3. *n.* 44. In *specie* ad jurandum *de Calumnia* in animam Principalis ne quidem admittitur Procurator, nisi ad hoc *speciale mandatum* habeat. *c. fin. d. Jur. Cal. in* 6. Carpz. *l.* 1. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 2. *& Dec.* 207. *n.* 2. Cævall. *qu.* 498. *C. Op.* Mynf. *l. O.* 70. ubi, quod non possit jurare *de veritate* dicenda, si vel maxime speciali mandato de jurando *de calumnia* instructus sit: quia *qualitas* una juramenti expressa non porrigatur ad aliam. Solemus in Mandatis etiam exprimere *species* Juramentorum: Daß mein Gevollmächtigter Juramenta Veritatis, Malitiæ, Calumniæ, Dandorum & Respondendorum, in litem Affectionis, Æstimationis, Purgatorium, in supplementum probationis, damnorum & interesse, auch einen jeden ziemlichen in Rechten zugelassenen Eyd, etiamsi litis Decisorium fuerit, in meine Seele erstatten möge.

§. XXX.

Quamvis autem non sufficere videri queat, Mandatum ejusmodi *indefinitum*, ad unam alteramve Jurisjurandi *speciem*, v. c. Litis decisorii: nisi *ad sic jurandum*, quoad certum objectum & circumstantias

mandatum datum fuerit, *communi* scilicet *Jure.* Plot. *d. in lit. jur.* §. 32. *n.* 5. Surd. 2. *consf.* 190. *n.* 2. Covarruv. *in c. quamvis. P.* 1. §. 5. *in fin. d. Pact. in* 6. ubi de communi testatur: (*Dissentiente* Seraphinis *Privileg. Juram.* 111. *n.* 4. *cum pll. aliis.*) Tamen Capella Tholos. *in Foro* id non servari testatur. *Decis.* 132. Quod quidem (in eo *casu*, de quo maxime hic loquimur, quando scil. Dominus Mandatum *speciale* Procuratori *dedit:* Alias enim Procuratoris *universarum rerum*, ut & ejus, qui mandatum habet *cum libera*, in hoc diversa ratio est:) ad Usum unius & alterius Judicii pertinere putaverim: & ut alias in cæteris locum adhuc inveniat expressio regulariter Juramenti *in specie*, nec requiratur in individuo; quoties ex ipsius causæ statu certi esse possumus, quod Procuratori suo Dominus mandatum *ad sic etiam jurandum* dederit. Absque hoc enim, tempore mandati quandoque scire non potest Principalis, qui mandatum ad jurandum dat Procuratori, quid in lite proferri contingat, de quo jurandum veniat; ut recte Mevius *V. Dec.* 391. *j.* Mynsing. 1. *O.* 70. Hinc cum non liget animam Domini, quoad perjurium, si quod juramentum Procurator subeat, quod Principalis *in individuo* ei non mandasset: (quod ipsum etiam in Procur. universarum rerum, aut eo qui cum libera est, merito considerandum venit; & vel maxime in Judiciis, ubi omnis Procurator, mandato cum libera instruendus est.) Adversarius autem, sibi imputare debeat, quando Procuratorem cum Mandato indefinito admiserit. Adeo ut ex ratihabitione, saltem tacita, vel contradictione Principalis, an juramentum tale, in individuo; præstari voluerit, res exitum quandoque sortiri debeat. Hinc non sine ratione voluere *Saxones*, ut ad moras litium præscindendas, & ut *conscientia Principalis* potius, qua quidem Juramenta niti oportebat, informari exactius posset, Juramentum per Procuratorem in animam Principalis præstari nequeat; nisi in Juramento promissorio v. c. *Fidei Vasallitica.* Ex quibus sequitur, quod & communi jure *consors*, vel conjunctis, *litis* non possit *se offerre* ad jurandum pro consorte vel conjuncto, citra *speciale* ad hoc *mandatum*; sive calumniæ id juramentum, sive Litisdecisorium, vel aliud fuerit. *d. l.* 17. §. 2. *d. Jurej.* Surd. 2. *Conf.* 190. *n* 2. Mevius *V. Dec.* 390.

§. XXXI.

Equidem *Defensor* cujusque corporis (ut & Syndicus) aliter non potest *deferre* juramentum, *nisi super hoc mandatum speciale habeat.* l. 34. §. 1. *d. Jurej.* Interim *Syndicus* ille aut defensor qua talis, (secus ut *membrum Universitatis*, quod *notitiam* rei habet,) ad juramentum *præstandum* admittendus ne quidem est *Jure Saxonico*, nomine Collegii; quamvis *speciale* ad hoc Mandatum habeat. Carpz. *l. 3. t. 5. R.* 41. *n. 4. seqq. Tit.* 24. *Proc. a. 3. n.* 19. *seq. & Tit.* 11. *a.* 2. *n.* 48. 52. *seqq.* (quanquam *super expensis erogatis* ad juramentum admittatur: *d. Art.* 3. *n.* 17. 18. quod tamen juramentum *in animam suam* præstat. Sicut & pronunciatur: Daß klagender Syndicus zu Leistung des Ihme zuerkandten Eydes zuzulassen.) Imo etiam *Juri Civili* hoc congruit, quod Syndicus non possit admitti ad præstandum Juramentum, cum *mandato* ne quidem *speciali*, ut ex *l. 97. d. Cond. & Demonstr. & l. 24. ad Municip.* recte Anton. Faber, Gailius, & Carpzovius *d. Resp.* 41. *n.* 5. Quod & ipsum naturæ & conditioni peculiari *Universitatis* conveniens est: quæ ut talis nil scit, sed solum qua unum alterumve Individuum ex illa; indeque & universitas non videbatur Syndico mandare posse, ut in *animam* aliorum, quæ non nisi singulorum est, (non Universitatis,) jurare posset. Id quod non minus in causa *criminis*, quam pro *Rea Universitate* defendere speciali Mandato instructus potest Syndicus, Gail. *l. d. Pac. Publ. c.* 10. *n.* 21. statuere oportet. Quia & ab his, qui ex Universitate ad jurandum se offerunt, pari ratione *Mandatum* quoddam *Universitatis* exigi nequit. Carpz. *l.* 3. *tit.* 5. *Resp.* 41. *n.* 12. 14. 16. 19.

§. XXXII.

Nec tamen ad hoc, ut Juramentum deferre possit Procurator, præcise Mandatum *speciale* exigitur (nisi hoc accipias in oppositione ad *generale*, sive indefinitum, *unius causa:*) quin potius Procurator is etiam qui *universorum bonorum* administrationem sustinet, deferre illud potest. *l.* 17. § 3. *d. Jurej. & c.* 4. *d. Proc. in* 6. Imo servus etiam, qui *peculii administrationem* habet, *deferre* potest juramentum, & *jurare: l.* 20. *d. Jurej.* nec non qui *causæ* administrationem *liberam*, seu *cum libera*, habet. *d. c.* 4. *d. Procur.* Atque citra dubium etiam is, qui

qui potestatem illam habet *à Lege*, ut *Tutor*, Curator, *Prælatus*, & similes. Ex quo videmus, peculiare esse in *Transactione*, de qua *supra* §. 22. & in *Jurisjurandi delatione*, quod neutrum illorum speciale mandatum præcise postulet; saltem quod non is deferre Juramentum possit, qui *generale seu indefinitum* unius rei vel negotii mandatum habet. Aliquando autem Procurator etiam *de propriosensu factoque* jurat; & hactenus *citra mandatum*: ut v. c. *de calumnia* olim, sic & *de horrore suo*, quod Feltmannus tradit *de Juram. Perhorrescent. c. 26. n. 28.* ubi idem de *Tutore n. 31.* Denique in *Juramenti declaratione* speciali Mandato præcise indigere videtur Procurator. Besold *ad P. I. Ordin. Wurtenb. n. 39.* ut & in *Remissione* & *Relaxatione*; ut quando Principes *relaxatos* cupiunt *subditos* suos, in testimonium causæ Principalis adductos, ihrer Pflicht, quoad illum actum. Nam & sic speciale ad hoc mandatum Principis produci oportet.

§. XXXIII.

Cæterum *Dilationes Probatoriæ* peti quidem possunt à Procuratore, sine mandato speciali; sed non potest *tertia*: quia hæc petitio absque *juramenti calumniæ* præstatione fieri nequit; quod quidem sub illa formula potestatis juramenta præstandi, in Mandato, sub initium litis dato, contineri non censetur. *c. fin. d. Juram. Cal. in* 6. Mynsing. 2. *Obs.* 70. Mevius *V. Dec.* 391. Nec etiam Procurator hac ratione de *calumnia propria* jurat; quo casu frustra de mandato quæreretur.

§. XXXIV.

Ad effectum litis, *Sententiam* nempe, ducit *Conclusio in causa*: quæ licet *renunciationem* ulterioris allegationis contineat; tamen quia ex necessitate Juris & Processus fit, speciale mandatum non desiderat. conf. *c.* 4 *supra* §. 5. Post sententiam vero, quid de *Appellatione* dicendum sit, ex *c.* 5. §. 7 *supra* elucescit. Nam nec Appellatio *extrajudicialis*, speciale Mandatum desiderat: cum nullum sit dubium, quod & *rerum universarum* Procurator, quia rem *in judicium* deducit, appellare etiam possit *extrajudicialiter*: quamvis ille, qui ad *Judicium* aliud, quamvis *cum libera*, constitutus est, si *extrajudicialiter* appellare vult, expressum mandatum habere debeat. *d. §. 7. in fin.* Sed si

res judicata fuerit, quoad sententiæ *executionem*, ut & in hunc finem, *designationem expensarum* quoad damnorum, & interesse, nec minus *taxam* illorum, ut valide ea suscipi queat, si solum ad *litem*, & non etiam ad *causam peragendam*, quis constitutus sit, *speciale mandatum* requiritur: Zu designiren, zu taxiren bitten, und dieselbe, auch was in der Haupt Sache taxirt und erkannt, erhebe und annehme, dafür quittire rc. uti solet concipi. vid. Besold. *d. Part.* 1. *Ord. Wurtemb. n.* 41. ubi non sufficere ait, si Principalis in mandato vel maxime dixerit: in puncto *executionis* procedat active & passive. *add. c.* 4 *supra* §. 5.

§. XXXV.

Porro, ad *reassumendam* litem Procurator absque *speciali Mandato* non admittitur. *v. cap.* 2. *supra* §. 7. *seq.* Carpzov. *tit.* 5. *Proc. art.* 1. *n.* 6. 16. *seqq. tit.* 14. *a.* 2. *n.* 91. *seqq.* 1. *Const.* 17. *def.* 41. & 1. *Dec.* 29. *n.* 1. *seq. Lib.* 3. *t.* 1. *Resp.* 11. *n.* 9. Finckelth. *O.* 110. Neque juvat in *bianca* scriptum mandatum ad reassumendam, si *subscriptione ad procedendum*, (zum Verfahren,) restrictum fuerit: Carpz. 3. *Dec.* 237. *n.* 13. conf. §. 1. *superius*, ut tamen *causam* reassumendi, vel *personam* defuncti, exprimi in Mandato ad reassumendum, necesse non sit. Id. *d. Dec.* 29. & *tit.* 5. *Proc. art.* 2. *n.* 18. *seqq.* Equidem *communi Jure* plurimi sunt, qui *Reassumptione litis* opus non esse, doceant. vid. inter alios Brunnemannum, cum Gailio & *cæt. citatt.* ad *l.* 23. *C. de Procurat.* Et tamen necessariam quoque esse illo jure litis Reassumptionem. (quæ nec Procuratoris, sed Heredis, & sic Principalis est.) nemo negare potuit: cum Reassumptio sit consectarium *aditæ hereditatis*; (indeque Citationem heredis ad reassumendum fieri, & ex parte Procuratoris Mandato heredis *speciali*, ad litem proferendam, illum instrui debere, nunc quidem *simpliciter* constitutum est.) Nil officiente, quod *instantia Judicii* in heredem *Jure communi* transeat. *l.* 28. *d. Oper. Libert. l.* 19. *l.* 34. *d. Judic. l.* 33. *d. fidejussor.* Nam illud verum est, si de eo constet, quod heres sint. Imo *integrum* ipsi est, ut fuerat antecessori ejus, *renunciare* instantiæ, etiam postquam heres factus est. *l.* 1. *C. Si appell. pend. mors interven.*

§. XXXVI.

§. XXXVI.

Ut vero, quid *Jure Civ.* obtineat, quid *Moribus* introductum sit? accuratius constet; siquidem nec *Brunnemannus*, nec *Carpzovius*, aut quos ipsi citant, rem expeditam dederunt: ideo de *morte Principalis* ejus unice disquirendum est, *qui hæredem habere* potest. Nam, quoad *Prælatum*, simpliciter & *Mandatum* exspirat, & *Dominum litis*, quod inde poterat consequi Procurator, morte Prælati; sive hæc contingat ante sive post Litem contestatam, ut & in negotiis *extrajudicialibus*, sive re integra contingat, sive secus; indeque & *Reassumptione* opus est, & novo etiam Procuratore novoque mandato. *cl.* 4. *& ult. d. Procurat.* ibi: *pro Ecclesia.* aliter ac Carpzov. *in Dec.* 36. rem exponit, quando *textum hunc* extra Prælatos ad quoslibet Constituentes extendit: *Alium* v. à Prælato *Principalem* quod attinet, *dist.* est an *mors* illius contigerit *ante litem contestatam*, an *post*. (1.) Si *ante*: aut mortuus fuerit Principalis pro suo Procuratore *judicatum solvi satisdederat*; & sic Procurator litem continuare tenebatur, *l.* 15. *pr. de Pocurat.* quoniam ex cautione illa hæres simpliciter ad judicatum, & sic in ipsa causa, adstringi poterat. Sed *Moribus* hoc etiam casu ad reassumptionem hæres citandus est: num forte liti finem transactione vel aliter imponere vellet; adeo ut nec Procurator si velit, absque novo ad reassumendum nomine hæredis Mandato, admittatur. Quod si *non satisdederat*: tunc Procurator nec pergere in causa debebat, nec poterat; quippe quod Mandatum morte Principalis, & re integra, extinctum, atque nullus apud Procuratorem nec *litis Dominii* respectus, (utpote lite nec dum contestata,) nec *rei*, (nulla videl. ob hanc cautione præstita,) locum habere posset. Tantum quod in hæredem *instantia* transiret; ad quam tamen, an eam persequi vellet ipse adsciscendus, & sic ad reassumendum citandus, erat. *arg. l.* 1. *C. si pend. appell. mors interven. & d. l.* 29. *d. Op. Libert. cum sim.* Quod & hodie (quamvis nunc vere clausf. Satisdationis *judicatum solvi* Mandatis protinus inseri soleat) necesse est. (2.) *Post litem contestatam* si moreretur Dominus, Procurator jam *Dominus litis* factus, quodque de *mandato* nunc frustra amplius quæreretur, quippe quod non tam non extinctum dici poterat, quam *executioni datum*; (quoad fundatum scilicet in Procuratore li-

tis

tis Dominium,) continuare litem poterat; & hoc est, quod in *l.*23. *C. d. Procur.* habetur: *posse* ipsum *causam jurgiumque finire.* Indeque ut præcise ad reassumendum citaretur heres, *communi Jure* necesse non fuerat. Enimvero quia nec protinus constat, an & quis sit heres: tum & licet heres sit, an litem is pertexere velit, (quamvis de cætero jus commune per dispositionem suam voluerit, ut lis interea per Procuratorem, tanquam Dominum ejus, *si vellet ipse*, continuaretur; neque moræ ansa daretur, ipso Procuratore & Adversario litem continuare volentibus:) Ideo introductum est *Moribus*, ut & hoc casu Procurator, si vel maxime vellet, *non admitteretur*, sed solum heredem denominaret, qui ad *reassumendum* citaretur. Atque hoc ipsum innuit Ch**ſ**. S. P. O. *Tit.* 17. ibi: Zu Vorkommung allerhand zweiffelhafften Disputirens. Neque tamen hoc etiam casu Procurator *Communi Jure* litem *invitus* continuare debebat; *arg. d. l.* 23. *Cod.* v. Carpz. 3. *Resp.* 24. *n.* 10. *seq. d. Dec.* 36. A. Fab. *VII. C. S. Tit.* 8. *def.* 4. *n.* 5. quantumvis *Dominus litis* jam factus esset: quippe quod periclitari ipse potuisset de sumptibus, aliterque, quoad actionem Mandati contrariam, si rem sibi commissam pertexeret; ignorante forte herede, aut saltem non agnoscente, vel approbante ea, quæ porro gesturus erat Procurator; quippe quod *ejus rei potestas* penes heredem fuerat: *l.* 1. *C. Si pend. appell. l.* 17. §. 1. *d. Proc.* quodque effectus Dominii litis *à Dominio causæ*, & hujus adeo *Domino*, (qui & ipse Dominus litis fuerat, *c. II. supra* §. 6.) penderet: imo hoc ipsum litis Dominio Procuratorio, *potius* esset. Quamobrem ut de heredis voluntate certius & maturius constare posset: inductum *Moribus* est ac *Ordinationibus Judiciorum*, ut heres ad reassumendum, etiam volente licet Procuratore Processum continuare, (qui tamen nec hodie *invitus Mandatum novum* suscipere tenetur; aliter ac A. Fab. *II.* 8. 18.) citaretur, neque Procuratori citra *speciale Mandatum* ad reassumendum locus esset.

§. XXXVII.

Quod vero de *Procuratore substituto?* Si *Dominus moritur*: non alia, quam quæ modo diximus, obtinent. Sed quid juris sit, quoad substitutum, *moriente Procuratore*, non quidem quoad *Reassumptionem litis*: (nam Mors *Procuratoris* locum Reassumptioni haud unquam

Digitized by

quam facit; sive Procuratorem substitutum habeat, sive non: v. *Cap. II. supra §. 8. in fin.*) sed quoad *Mandatum* seu *substitutionem* ipsam: illud *eod. Cap. II. §. 19.* exposuimus: ex quo patet: quamvis *Procurator*, moriente Domino post litem contestatam, in lite *possit* quidem pergere, sed tamen *non teneatur*: *Substitutum* tamen, mortuo substituente, re non amplius integra, sive is *à Lege* habeat substitutionem, puta per Litis Contestationem, sive *per voluntatem Principalis*,) continuare officium suum *& posse & debere.* Ratio diff. est, quoniam Principali non extincto Procurator etiam debuerat litem continuare; indeque & Substitutus, qui locum ejus subit. Cæterum *superius* jam notavimus, *Citatione ad Reassumendum* quidem hodie, ubi Mandata *in hæredes* concipiuntur, opus non esse amplius regulariter. Interim tamen ad *ipsam Reassumptionem*, ad quam scil. hæredes citra novam Citationem tenentur, Procurator adh. *Speciali Mandato* indiget; saltim ut Adversario melius cautum sit.

§. XXXVIII.

Satis de Mandato speciali: Superest ut de Clausula & *Mandato cum libera* videamus. Quod quidem Mandatum haberi potest *amplissimum.* Carpz. *L. 3. t. 1. Resp. 6. n. 38. Tit. V. Proc. art. 1. n. 71. & Tit. XVII. a. 2 n. 17. Dec. 204. n. 19.* quantum quidem ad *Potestatem* attinet; nam quoad objectum: illud etiam *in una negotii specie* locum habet, neque ad objectum, sed *ad Formam & Modum* Mandati; referendum est; ubi tamen & ipsum hactenus aliquantum *generale* dici solet, (ut in *l. 58. d. Procur.* ibi *generaliter* libera rerum administratio; quanquam ibi simul possit vox *generaliter* ad vocem *rerum*, tanquam *omnium* referri: quia non describit modum agendi *restrictum*, quod *specialis* vel saltim *definiti c. V. supra §. 13.*) Mandati est; sed eundem *voluntati & arbitrio* Procuratoris, tanquam viri boni & prudentis, permittit; (quanquam & hæc *definitio modi gerendi* sit; aliter ac in his mandatis, quæ nil plane *descriptionis* habent.) Nec ergo facile est definire, quando mandatum cum libera quis habere censeatur, nisi *expresse* dictum sit: *cum libera*, ut *d. l. 58. l. 9. §. 4. d. A. R. D. §. 43. Inst. d. R. Div.* Et tamen est mandatum cum libera, si dederit Procuratori in re quadam *plenam potestatem. l. 10. C. de Procur.* item *tota-*

lem potestatem: ut possit facere *quicquid posset Dominus, si præsens esset: se esse ratihabiturum, quicquid per Procuratorem factum fuerit:* ipsum *posse facere* debere, *quicquid velit. l. 1. pr. Quod jussu.* Quæ quidem obtinent, si non aliud ex Mandati verbis locisque aliis colligatur. Unde Gratianus *Decis.* 79. & 225. recte tradit, per verba illa: *quæ ipse constituens faceret*, vel *alias* ejusmodi *Clausulas generales*, non protinus ejusmodi Mandatum induci: quoniam intelligi possit illa Clausula *ratione præmissorum*, quæ forte *definita* sunt, ut circa illa nil Mandatario immutare liceat. Ruyn. *V. cons.* 67. *n.* 7. Imo Berous *Qu.* 75. Procuratorem illum, qui Mandatum habet, ut possit omnia facere, *qua constituens ipse posset, etiamsi mandatum speciale exigerent*, non tamen mandatum cum libera habere, putat. Utique ex isto mandato minus recte infert Caputaqu. 3. *Decis.* 413. *num.* 3. quod Procurator etiam de non numerata pecunia *quietare* possit. Et sane Doctores subinde liberam potestatem pro *effræni* habent penitus, etiam *ad perdendum*; quod tamen non potest non credi Constituentis animo & voluntati adversum esse.

§. XXXIX.

Itaque si ex Mandato colligi possit, non tam ad voluntatem suam, eamque *ordinatam*, & ut solet in Mandatis *indefinitis*, Constituentem voluisse adstrictum esse Mandatarium suum: sed ut *ipsius* scilicet *Mandatarii arbitrio*, tanquam Viri boni & prudentis, rem commiserit: tunc censebitur Mandatum ei dedisse *cum libera. l.* 60. §. 4. *Mandat.* ibi: *Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negotiari; sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma à te esse facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem*, jung. Menoch. *l. A. j. Q.* 7. *n.* 62. *seq.* Et facilius est, ut in Mandatario *omnium rerum* illa potestas cum libera intelligatur. Quantumvis autem in *Judicialibus* quoque ea Potestas sæpius exprimi soleat: Da er auch eines mehrern Gewalts benöthiget, will ich ihm denselbigen, cum omnibus Clausulis solitis, consuetis & necessariis, bester Form Rechtens, cum omni libera potestate, hiermit ertheilet haben. Item: Ich gebe meinem Anwald hierdurch freye Macht und Gewalt, daß er alles dasjenige bey die-

sen

ser Sache thun und handeln möge, was ich selbst, da ich zur Stelle wäre, thun und handeln könnte und sollte: eamque potestatem cum libera *plerumque* Procuratoribus ad Judicia dari videamus; alicubi etiam *Formulæ Mandatorum*, publica Lege præscriptæ illam exigant; licet alias ista clausula ad Mandatum, ne quidem *implicite*, necessaria sit, nec omissa illud vitiet, Carpz. *Tit. V. art. 1. n. 83. seqq.* Tamen sicubi illa requiritur: (v. C. V. *supra* §. 7.) eandem verbis *æquipollentibus*, (secus ac in *rati clausula*,) inseri sufficit, puta: Daß der Gevollmächtigte, was der Principal sollte und könnte, zu verrichten haben solle und möge. Carpz. *L. 3. t. 1. Resp. 10. n. 5. seqq.*

§. XL.

Illud autem dimovendum est, priusquam de istius *Clausulæ* efficacia experiamur: quod eandem non differre quidam volunt à Mandato *generali*; alii non differre eam à *speciali*, vel saltim *vim* cum eo *similem* habere, asserunt. Quod utrumque falsum est. Nam quod *prius* illud concernit, satis jam ostensum fuit *superius*, *c. V.* non eandem potestatem habere eum, qui *generale* habet omnium rerum Mandatum, atque is, qui Mandatum habet *cum libera:* etenim hoc Mandati *formam* & *potestatem* exprimit, istud *objectum* in quo operetur; cujus etiam restrictam potest habere facultatem, licet amplum in se lateque patens fuerit. Estque evidentissimum Legibus, quod non possit is, qui Mandatum habet *omnium* bonorum; illa efficere, quæ potest hic, qui *liberam* habet potestatem, sive *rei unius*, (nam & talis datur,) sive *universarum*. Deinde non erat, cur Huberus, (cujus est *adversa sententia*, quando in *posit. 112. Institut. de Rerum divisione & posit. 3. Institut. Mandati*, *non opus esse* putat, *distinctione inter Procuratorem omnium bonorum simplicem & cum libera*:) in *l. 58. d. Procur.* abundare, tradere, voces *cum libera*: quippe quæ à *Basilicis* omittantur. Nam (1) *Basilicorum* nulla est apud nos nec fides nec auctoritas. Et ubi textum immutant, (quia istud *ubique citra causam & rationem meliorem* suscipitur,) ibi merito *textum Justinianæum* retinemus; licet eum *Auctores Basilicorum* capere aut noluerint, aut non potuerint. (2) Si Huberus vocem *generaliter* solum objective capit, *superius* (*c. V. §. 13*) evictum est: illum, qui rerum omnium Procurator est, non posse ea, quæ in *d. l. 58. seq.* expressa

ſunt; niſi mandatum *cum libera* habeat; aut ſaltim non ſequitur: is qui *liberam* habet, id poteſt: ergo etiam poteſt, qui habet *ſimplicem:* ut videlicet *neuter* poſſit alienare, *niſi evidenter* Domino *expediat*; nec plus poſſit is, qui *cum libera* eſt, quam *ſimplex* poſſet: cum tamen *hic* alienationem nullam niſi *neceſſariam* ſuſcipere queat. *l.* 63. *d. Procur.*(3.) *Generaliter* mandatum habere, illud eſt, quam *generale* habere Mandatum. Nam prius idem eſt, quod *indefinitum* & opponitur mandato *ſpeciali* & *circumſcripto*. Non igitur abundant *in d. l.* 58. voces: *libera adminiſtratio*; ſed potius ſi quid ſuperfluum foret, abundaret *generaliter:* quoniam quodlibet mandatum cum libera (etiam in una ſpecie negotii;) aliter Huberus, qui *generale tantum* omnium bonorum putat vel *ſimplex* eſſe, *vel cum libera d. poſ. 4. Mandat.* generaliter *conceptum* eſt. *Objectum* vero, quod univerſarum rerum poteſtas, in formula *d. l.* 58. Procuratori conceſſa ſit, ſatis per indefinitam vocem: *rerum*, exprimebatur: & eleganter ergo JCtus, quia *generaliter* datum ſit Mandatum, *quoad libertatem adminiſtrandi* cenſet, ſpecies etiam illas, quas in *d. l.* 58. *ſeq.* adducit, ſub illa *libertate generali* venire, quamvis ſpecifice conceſſæ non ſint. Ex quo ſatis conſtat, quod omnino *opus ſit*, in Procuratore tam *omnium bonorum*, diſtinguere inter eum qui *ſimpliciter* talis eſt, & qui talis eſt, *cum libera*; quam etiam eo, qui *unius Rei* ſive cauſæ eſt. Et quidni diſtinctione opus eſſet; cum tamen *ipſe* tradat Huberus generalem Procuratorem alienare poſſe, ſi *evidenter* expediat Domino; alias non poſſe: quo ipſo largiri eum oportet, diſtinctum eſſe & *alium, à quolibet generali Procuratore*, eum, qui Procurator eſt *cum libera*. Nam hic alienare poteſt (contra quam ille ſentit,) *etiam ubi non evidenter* expedit Domino (ſiquidem *evidentiam* talem ne quidem ipſum mandatum cum libera; ſed ſolum *probabilitatem*, bonamque fidem deſiderat; vid. *inferius* §. 42.) quod tamen ille in Procuratore *quolibet generali negaverat.* Sed de hoc quidem *ſupra* dilucide magis actum eſt. Ubi ſimul etiam *c. V.* §. 15. docuimus, poſſe *univerſarum rerum* Procuratorem *ſolvere*, poſſe & *exigere* ipſum, eique *ſolvi:* & *multo magis* itaque hæc poſſe eum, qui Mandatum habet *cum libera l.* 58. *d. Procur. add. d.* §. 42. *inferius.*

§. XLI.

Poſterior etiam traditio, quæ & *Recentiorum quorundam eſt*, quaſi Man-

Mandatum cum libera non differat à *Mandato speciali*, neque *c. 4. d. Procur. in 6.* neque *rationi* aut *Usui Fori*, congruit. add. §. 17. *superius.* Videlicet illi quidem largiuntur: generalem concessionem non tribuere ea, quæ speciale mandatum postulant; per *l. 60. d. Procur.* quod tamen fiat, si *cum libera* facta sit. Seraphin. *Dec.* 238. *n.* 3. Gratian. *Discept. for. c.* 738. *n.* 23. Indeque ea ad paria redigunt. Sic & Felin. *ad c. nonnulli. §. Sunt & alii. n.* 37. *d. Rescript.* Tiraquell. *d. Retr. lin.* §. 1. *n.* 32. *gloss.* 13. Vargas de Machuca *Decis.* 10 Menoch. *l. A. j. Q. q.* 7. *n.* 62. Barbos. *ad d. c.* 4. *n.* 9. & Coll. J. Arg. *th.* 11. *d. Procurat.* ubi: quod liberæ is sit effectus, *ut qui talem habet, non indigeat speciali Mandato, ne quidem ubi Procurator generalis eo indigeret:* Cum tamen nullum sit discrimen, quoad *speciale Mandatum ratione formæ*, inter Procuratorem *generalem* & *specialem*, qui talis ex *objecto* est; (v. *supra c. V.* §. 13. 18. 20.) nec plus possit qui cum libera habet potestatem, & generalis; quam qui specialis est: Sit etiam *amplior* potestas *specialis*, quippe quæ ad donandum quoque dari potest; cum *libera* nunquam eo data esse intelligatur: ne de aliis dicamus. Etenim ex *c.* 4. *d. Proc. in* 6. plus confici non potest, quam quod in *delatione juramenti* & *Transactione* non utique speciale Mandatum requiratur; verum etiam *cum libera*, & imo *omnium bonorum*, sufficiat. v. *superius* §. 32. Sed ex hoc non sequitur: ergo ea, quæ speciale mandatum requirunt, is non minus potest, qui mandatum habet cum libera: nam & *Donatio* requirit speciale Mandatum; hoc vero Procuratori *cum libera* non una, ut *juramenti delatio*, & *transactio*, concessa videri potest: & *Restitutio in integrum* speciale requirit Mandatum, quam tamen non potest petere is, qui Mandatum habet cum libera. v. §. 25. & 42. *b.* Igitur qui liberam habet potestatem, non statim habet specialem quoad *objectum*: cum possit esse omnium bonorum, & qui specialem habet, etiam quoad formam, non habet statim liberam; & vicissim. (Imo natura Mandati *cum libera* quoad formam *generalis* & *indefinita* est. *l.* 38. *de Procur.*) Quoniam Libertatis facultas virtute sua *plures facultates* continet, etiam *subintellectas*; sed specialis non nisi *expressas*. Hæc dari potest ad dissipandum, donandum, licet videat & sciat Procurator, *non expedire* Domino; sed non data videtur talis esse potestas sub libera: nec E. potest is qui libera præditus est, ea *omnia* facere, quæ speciale mandatum desiderant.

rant. Etenim hoc solum dici potest: Mandatum *cum libera* hactenus *speciale* esse, quod in se, & nisi *expresse* ac *nominatim*, *cum libera*, concedatur potestas Procuratoria, ne quidem eam potestatem (cum libera) Procurator *omnium bonorum* habere censeatur. v. *l.* 7. §. 1. *in fin. d. Pecul.* ibi: *alia* causa est peculii *libera administrationis: nam hac specialiter concedenda est.* (utcunque concessa, quoad *plures* facultates *implexas*, *generalis* sit. *l.* 58. *d. Procur.*) Utique Cl. illa *cum libera*, in his quæ expressa sunt in Mandato, superflua est; quoad non expressa, si speciale mandatum desiderant, vix *in plerisque* sufficit: quia incertum esse debet, an Dominus ea voluerit. Itaque evicta est sententia: ubi Mandatum speciale requiritur, ibi regulariter, nisi quoad ea quæ Legibus aut Canonibus excepta sunt, cum libera non sufficere: Magon. *Dec.* 51. Indeque plus esse, quoad facultatem, Mandatum habere speciale, quam habere cum libera: Carpz. 1. *Const.* 17. *def.* 41. *n.* 7. nec defectum mandati specialis per clausulam cum libera *suppleri*. Idem 3. *Dec.* 207. *n.* 20. Ita v. c. Procurator cum libera non potest *retractare* aut *infirmare* quæ fecerat Dominus: Riminald. *Sen.* 2. *cons.* 348. *n.* 17. *seqq.* non donare. *l.* 7. *pr.* §. 1. *seq. d. Donat.* ibi: *nominatim* adjiceret. Rosenthal. *c.* 3. *d. Feud. Concl.* 9. &c. quæ quidem, & alia omnia, etiam *in perniciem Mandantis*, ex speciali ejus Mandato licet.

§. XLII.

Ut vero constet, plura posse eum, qui Mandatum habet *cum libera*, quam qui *simplex* habet, *licet omnium bonorum sit*; (contra quam *in* §. 40. *ex adverso* statuebatur:) notandum est, posse Procuratorem *cum libera* non modo *exigere* credita, eique solvi, *l.* 58. *d. Procur.* ut & *solvere* creditoribus. *l.* 59. *eod.* (nam & hæc potest *Procurator omnium bonorum.* v. d. §. 40. *in fin.*) & *multo* igitur *magis* ille, qui *cum libera* est; licet talis solum sit in *una causa* vel *negotio.* (Sed & posse illum *eligere*, in quam causam *solutum* voluerit; *d. l.* 58. *d. Procur.* & posse illum *permutare*, *ibid.* item *vendere* ex causa *probabili*, saltim non damnosa domino, & tradere, §. 42. *Inst. d. R. Div. l.* 9. §. 4. *d. A. R. D.* fidemque habere de pretio. Jason *ad l.* 15. §. 7. *de re jud. n.* 9. *seq. transigere*, (nisi mandatum cum libera *ad litem peragendam* datum sit,

Digitized by Google

sit, Munnoz de Escobar. *d. Ratiocin. c.* 19. *n.* 2.) *juramentum deferre:* *c.* 4. *d. Procur. in* 6. (Qua enim ratione hoc *cum libera* mandatum non requirat, nec *speciale* etiam; sed *vel universorum bonorum simplex* ad deferendum juram. sufficiat, §. 32. expeditum est.) Sed *non posse Restitutionem petere in integrum* principaliter. *v.* §. 25. *superius.* Non posse aliquem *liberare* ex obligatis *arg. l.* 10. *d. Condict. caus. dat.* nec liberare *fidejussorem*, eo quod h. ratione beneficia, saltim cedendarum actionum, Domino adimat. Franc. *Dec.* 662. *n.* 1. *seq.* non remittere pignus. *l.* 8. §. 5. *quib. mod. pign. solv.* non renunciare appellationi. Padill. *ad l. Præses. C. d. Transact.* Honded. 1. *cons.* 66. *n.* 10 *seqq.* ubi quod non possit *præjudicare* Domino: quod verum est de præjudicio *ex proposito* Procuratoris. Monter. *Decis.* 38. Finckelth. *O.* 110 *n.* 20. Cavalca. n. *Dec.* 21. Natta *cons.* 342. Nempe, *si quid* Procurator ejusmodi cum libera *non administrandi animo, sed fraudulenter, alienasset, mandasset*, non valet: *l.* 6. §. *fin. Mand.* nam *plene quidem mandatum* est, *sed quatenus res ex fide agenda esset.* Unde nec potest pro suis debitis res obligare aliis: *d. l.* 60. siquidem dolus omnis abesse debet ac *bona fides* præstari. Mantica *Lib. VIII. d. T. A. C. tit.* 16. *n.* 37. Manz. *Dec.* 41. *n* 23. 34. neque liberum illud, est *usquequaque* liberum. *l.* 1. §. 1. *quæ res pignori. l.* 7. *d. Donat.* Idem est de eo, qui *plenam potestatem agendi* in lite habuit. *l.* 10 *C. d. Proc.* Sicut nec id Dominus mandasse videtur, ut *fraudem in alios* exerceret, v. c. in fraudem creditorum alienaret. *l.* 12. *Quæ in fraud. credit.* Klock. *cons.* 37. *n.* 128.

§. XLIII.

Equidem *Administratores rerum alienarum*, à Lege constituti, habent quidem & ipsi Mandatum & potestatem *cum libera.* Trentacinqu. *Lib. II. Resol. Tit. à Procur. resol. Tit. à Procur. resol.* 1. ut *Tutores, Curatores*, Gutierez. *L.* 2. *d. Tut. & Cur. c.* 6.) *Administratores rerum Civitatis*; utcunque illis *diserte* in collatione potestatis illa non detur: quod in *privatis* talibus necessarium est. Unde etiam Administratores *Privatorum*, die Verwalter, potestatem illam, nisi iis *expresse* detur, non habent, *l.* 1. §. 6. *Depos. cum similib.* Rauchb. 1. *Qu.* 2. *n.* 7. Sed & *Maritus* potestatem *cum libera* in rebus Uxoris habet, suo modo. v. Mev. IV. *Dec.* 32. ubi de *transactione*, *juncto* Carpz.

II. Const.

II. Consil. 15. def. 20. Quod vero de *Administratoribus Civitatum* diximus, illud accipiendum est de his qui administrationem *ordinariam & perpetuam* habent; (vid. Vant. *d. Nullit. ex defectu Mand. n.* 127.) Losæus *P.* 1. *d. Jur. Univers. c.* 3. *n.* 109. & quidem in corpore, quatenus Civitas illis Curam *rerum communium* credidit. Nam *Syndici* non iidem prorsus sunt, ac Administratores Civitatis; indeque male vulgo statui, jam *supra* §. 18. notavimus, quod *Syndicus mandatum cum liberâ* habeat. Illud tantum discriminis inter Mandatarios cum libera *à Lege*, & eos qui *ab homine* sunt, observandum est: quod priores illi *restrictam magis libertatem* habeant. Sic enim *Tutor*, *Curator*, & *similes*, non possunt vendere, ut *fidem habeant* de pretio. Jason. *d. l. n.* 17 *add.* Dd. *ad l* 5. *de Jur. Fisci.* ubi de *Procuratore Fisci*. In *Senatu Civitatis* secus habet, quod plerumque potestatem etiam, ex probabili causa, *donandi* habeat; ut tamen id non possit, nec remittere jus liquidum, ambitione aut gloriæ captandæ causa. Neque enim hoc est *administrare*; nec Civitati per hoc in effectu præjudicaretur. Losæus *n.* 112. *Executores* v. *Testamentarii*, utut *fidem habere* de pretio non possunt, quamvis de minori residuo fidem habuissent; quo minus eo nomine teneantur; Graff. *d. Execut. Ult. vol. qu.* 11. *n.* 4. Possunt tamen hoc non minus ipsi, quando liberam *à Testatore* potestatem habent: quoniam & sic eam habent ab homine.

§. XLIV.

Denique lucem uberiorem affundet, superioribus quando ea quis illis conjunxerit, quæ non modo de administratione *simplici* peculii, quam habent Filii & Servi, (quæ adeo & ipsa maxime differt ab ea, quam *cum libera* habent:) *superius c.* 5. §. 17. docuimus; sed & quæ de *libera* illa *administratione* peculii in *Legibus nostris* habentur, qualis Filiis à Parentibus, & Servis à Dominis, nonnunquam concedebatur. vid. *l.* 28. §. 1. *d. pact. l.* 41. §. 1. *d. R. V. l.* 3. *ad SC. Maced. l.* 3. *pr. de Condict. Indeb. l.* 1. §. 1 *quæ res pign. oblig. l.* 8. §. 5. *quib. mod. pign. vel hyp. solv. l.* 7. *d. Donat. l.* 12. *quæ in fraud. credit. l.* 52. §. 26. *d. Furt. l.* 10. *C. Quod cum eo, qui in al. potest.* Sic enim servus ejusmodi potest solvere ex peculio: ita ut si vel solum naturaliter debita fuisset pecunia, non possit repeti. *d. l.* 13. *pr. d. Condict. indeb.* Neque etiam

etiam potest Dominus reprobare contractum ejus aliquem, probabiliter & ex fide gestum. *d. l.* 10. *C. Quod cum eo qui in al. pot.* Quin & rata est pactio, quam servus aut filius init, super re peculiari, *ne ea peteretur*, *d. l.* 28. §. 2. *de Pactis.* si aliquid, in quo non minus est, pro eo consecuti sint. *d. l.* Interea etiamsi *maxime* quis (*liberam*, de qua ibi præcedit,) *administrationem* peculii concessam habet; non tamen habet *usquequaque* liberam, *l.* 1. §. 1. *quæ res pign. oblig. non poss.* indeque *donandi* jus non habet. *d. l.* 28. §. 2. ut nec *pignoris dationem* in causam non peculiarem, *d. l.* 1. §. 1. ceu nec filius ejusmodi aut servus pacisci potest, *ne res pignori sit*, quam peculiariter hypothecæ accepit; eo ipso quod donare non possit. Tunc vero potest, si pro pactione pretium accipiat, ut quasi vendita putetur. *l.* 8. §. 5. *Quib. mod. pign. solv.* Sicut vero, quidnam *liberæ administrationis* nomine in Filio & Servo contineatur, *facti quæstio* esse dicitur, *quousque iis administrare permissum sit. l.* 1. §. 1. *quæ res pign.* nam & hæc potestas libera, in his cumprimis, à quibus non eadem, ut ab extraneis, reparandi damni facultas est, restringi potest; & solet etiam. Ita qui *non* habet *liberam administrationem servus*, & rem Dominicam *distraxit*, non potest dominium, quod non habet, in alium transferre, neque *conditio eorum servilis* scientibus emptoribus *possessionibus* justum afferre initium. Imo *res mobiles* ementes *à servo* etiam furti actione tenentur. *d. l.* 10. *C. Quod cum eo qui in al. pot.*

CAPUT VI.

De Formis, quibus Procuratela vel mutatur vel tollitur.

SUMMARIA.

1. *Revocatio Procuratorum Judicialium tacita non fit protinus, quando causam ipse tractat Principalis. Expressa quomodo fiat ante aut post Litem contestatam.*
2. *Substitutum quando non possit revocare Procurator. Et quid si revocandi illum potestatem à Principali habeat.*

3. *Quando per constitutionem unius censeatur alter revocatus esse? dum prior est generalis vel specialis. Et quid si, pluribus ad diversa ab initio constitutis alius deinde constituatur.*

4. *Extrajudicialis Procuratoris revocatio si ad unam illius notitiam perveniat, sufficere. Eam referri vel ad Personam Principalis, ejusque voluntatem aut Factum: vel ad Causam.*

5. *Revocatio quæ Facto fit: (Ubi de Procuratore generali & speciali.)*

6. *Denique ex Causa revocatio exhibetur.*

§. I.

ET istæ quoque *Formulæ* pertinent ad Procuratores tum *Judiciales* tum *Extrajudiciales*. *Judiciales* potissimum revocantur & *expresse* & *tacite*. *Hoc* quidem quando ipse *Principalis* causam tractare incipit, aliter quam simpliciter *assistendo*; idque vel *ante*, (*l.* 16 *d. Procur.*) vel *post Lit. contestationem*, si h.c. adversarius non contradicat. Aliquando tamen censeri potest, licet causam ipse tractet, Procuratorem nihilominus non revocasse. *c. si quem pr.* & *§. secus. d. Procur. in* 6. Sed *expresse* revocat eum ante litis contestationem, *invito* etiam *adversario*; modo *huic* & *judici* illa revocatio innotescat, si quando vel gestum quid jam fuerit per Procuratorem, vel is constitutus fuerit coram Judice. *Post* litis vero *contestationem* fieri non potest revocatio, *volente* licet ac annuente *Procuratore*, si *adversarius contradicat*; quamvis sibi Dominus, per insertam Procuratorio *clausulam*, Procuratorem *mutandi facultatem* reservasset, (quippe quod hoc, *cæteris paribus*, & solum respectu Procuratoris accipiendum sit. Carpzov. *l. Dec.* 45. *n.* 16.) nisi id fiat *causa cognita*, indeque ex justis rationum momentis; vid. *l.* 17. *l.* 21. *seqq. d. Procur. l.* 22. *C. eod.* Carpzov. *d. l.* adeo ut ne quidem *in se* ipsam causam aliter *transferre* possit Dominus. *d. l.* 22. Qua ratione frustraneæ sunt illæ distinctiones, quas *Mantica* in *Lucubrat. Vatican.* habet, illorum casuum, quibus revocationem illam vel *solus sciat Judex*, vel *solus adversarius*, vel *uterque*, vel *neuter*. *Hodie* tamen in *Camera Imperiali*, ut & *aliis Judiciis*, quia Domini Mandatis suis *Cautionem judicatum solvi* statim inserere solent, ne quidem *ante litis contestationem*, quippe (etiam ex ratione *Juris communis*,) re non amplius integra, Procuratorem *simpliciter*

aliter revocare licet. Gail. 1. *Obs.* 46. *n.* 3. & *Obs.* 74. *n.* 10. Mynſ. *II. O.* 84. Ummius *Diſp.* 3. *ad Proc. th.* 7. *n.* 44.

§. II.

Deinde quoad ſubſtituti revocationem, ſi is *ex Domini* voluntate ſubſtitutus eſt, non poteſt illum revocare *Procurator*, licet re adhuc integra, *c.* 3. *d. Procur. in* 6. niſi Dominus *poteſtatem* ſubſtitutum *revocandi*, den Gewalt, nach Gefallen, und ſo offt es ihm belieben möchte, wiederum an ſich zu ziehen, eidem conceſſiſſet: *d c.* 3. qua tamen ratione itidem non poteſt, niſi *ex juſta cauſa*. Si vero ſubſtitutus fuerit Procurator, *ex poteſtate Legis:* ita *re adhuc integra* poteſt illum revocare pro lubitu; quod etiam fit hoc ipſo, quando *alium* ejus loco ſubſtituit. *arg. l.* 31. §. *fin. d. Procur.* §. *fin. x. eod.* Sed *re non amplius integra*, revocatio *ſine juſta cauſa*, ejusque cognitione, non admittitur, ſi vel maxime *Dominus* Procuratori illi *poteſtatem revocandi* dediſſet.

§. III.

Quid in *Diverſis Procuratoribus*, quando vel *ſucceſſive*, vel *ſimul ab initio*, plures Dominus conſtituiſſet? Ibi quidem, ſicut per Mandatum *ſpeciale* derogatum eſſe cenſetur *generali*, quando in *eadem perſona Mandatarii* verſamur: (quoniam à primo Mandato receſſum eſſe præſumitur. *c. ſtuduiſti, d. Off. Legat.* Monter. *Dec.* 39. *n.* 49. Menoch. *VI. præſumpt.* 36. *n.* 6. puta *in illo caſu ſpecialiter* nunc *deſignato*, ut in eo videatur derogatum eſſe mandato generali; non etiam in aliis. Pariſ. 4. *conſ.* 88. *n.* 23. Ruyn. 4. *conſ.* 108. *n.* 5. Monter. *d. l. n.* 52. Ita *ſpecialis* Procurator poſterior, *diverſus* à priori *in* cauſa *illa ſpeciali*, tollit quidem priorem penitus, *l.* 31. §. 2. *d. Procur.* ſed diverſus à priori *generali* itidem non tollit hunc quoad alias, ſed ſolum admittitur in illa ſpeciali cauſa præ iſto; & in ſpecialis illius defectum generalis tamen adhuc nihilominus. *l.* 3. *C. d. conveniend. Fiſci debit.* Quando autem *plures* Procuratores conſtituti ſunt *ſimul ab initio*, v. c. partim ad *Judicia*, partim ad *negotia*, & poſtea *alium ad Judicia* Dominus conſtituat, etiamſi *cum Cl. revocatoria omnium Procuratorum*, *ſub quacunque verborum forma conſtitutorum.* Tunc ſolum revocatio intelligitur eorum, qui *ad Judicia* conſtituti fuerant. Franc. *in c.* 8. §. *ſecus. d. Procur.*

cur. in 6. Parif. & Menoch. *dd. ll.* Illud etiam, Thesaurus *Dec.* 107. disquirit: an Procurator Mandato *generali*, *cum aliis* Procuratoribus, quilibet in solidum, *ad omnes causas*; deinde idem ad *unam solam* causam, *usque ad sententiam* inclusive, per Mandatum *speciale* constitutus, possit *virtute generalis* illius Mandati comparere in secunda instantia? Et licet videri potuisset in hujus persona *prius restrictum*, quoad *illam causam* fuisse ad primam instantiam; *arg. l.* 31. §. 2. *d. Procur.* quoniam generale illud & hanc speciem continebat, circa idem Procuratoris hujus subjectum; maxime quia diversum est à priori in hoc etiam, quod *in priori* Mandatarius ille juxta se haberet plures alios Procuratores, & in omnibus causis: in *posteriori* vero solus sit, & solum in una causa; eaque non nisi ad usque sententiam. Tamen prævaluisse *in Senatu*, tradit, opinionem *affirmativam*: quia sicut vi mandati generalis potuisset ille comparere in causa *alia*, ita etiam in hac & *in dubio* non censeatur revocatum mandatum prius; tum & *l.* 31. §. 2. *d. Procur.* loqui de diversis Procuratoribus. Interim Tessaurus *negativam* magis veram esse, cum Menochio statuit. *II. præsumpt.* 36. *n.* 6. In quo quidem sequi illum, quam *Senatum* ejusve *Præsidem*, ipse maluerim. Addit etiam Tessaurus, consultum esse, ut in Mandato posteriori *clausula* de *revocando* vel *non revocando* diserte addatur.

§. IV.

Deinde *Revocatio* Mandatarii *extrajudicialis*, (quam sufficit *ad solius Procuratoris notitiam* pervenisse, ut non valeat, quod inposterum acturus est; Costa *d. Remed. subsidiar. Rem.* 48. *illat. un. n.* 8. cum quidem Procuratoris *Judiciarii* revocatio & *Judici* & *adversæ quoque parti*, præter Procuratorem, innotescere debeat:) vel ad *Personam* Principalis refertur vel ad *Causam*. *Ibi* ad *Voluntatem* ejus, vel *Factum*. *Voluntas* ejus, qua Procuratorem constituerat vel *simplex* est, vel *firmata juramento*, aut *clausula* de *non revocando*. Quoad *simplicem voluntatem*, mutare potest facilius; ut tamen quando Mandatum dedit Procuratori, *donec illud revocaverit*: non finiatur illud *morte*, quia mors non inducit voluntatem contrariam; secus si *simpliciter* illum constituisset, vel *quoad voluisset*, aut *ad beneplacitum*. vid. *l.* 4. *Locati*. Sic etiam quando Mandatum concepisset Principalis, ut nil faciat Procurator,

curator, *nisi se certiorato:* mandatum illud *morte* expirat. Verall. 2. *Dec.* 193. *Juramentum* vero, quo quis *mandatum: Se non esse illud revocaturum*, firmavit, non impedit revocationem. Felin. *ad c.* 12. *de foro comp. n.* 32. Natta *Conf.* 474. *n.* 7. ut tamen revocans *perjurus* fiat. Glossa *ad c. fin. d. Proc. in* 6. Sanchez. *Lib.* 2 *Diss.* 11. *de Matrimon. n.* 3. & 5. multoque minus *nuda* illa *de non revocando Clausula*, in quantum *Procuratoris*, istud vocari, *non interest*. Unde non potest omnium minime revocari Procurator, qui talis *in rem suam* est. Caballin. *Milleloqu.* 247. vide tamen *c.* 1. *supra* §. *fin.* & *c.* 2. §. 1. *seqq.*

§. V.

Facto deinde *revocari* potest Mandatum, quando Procurator alius constituitur. *l.* 31. §. *f. de Procur. c.* 14. *x. eod.* dummodo non exprimat, *se nolle priorem revocare. l. si pluribus. d. Leg.* 1. Quod & procedit, quamvis *secundus nolit. suscipere* procuratelam, *arg.* §. *posteriore. Inst. Quib. mod. test. infirm.* Menoch. *conf.* 1137. *n.* 81. *seq. fac. l.* 34. *pr. d. Leg.* 1. & §. *praeterea. Inst. d. V. O.* Non etiam impedit, quamvis prior esset *auctoritate Judicis* constitutus, (voluntarie; secus si *necessario*, sive ex officio, ut Minori & sim.) quia confirmatio Judicis non facit actum irrevocabilem, sed confirmato innititur. *l. omnium. C. d. Testam.* Nec idem est faciendum in *tollendo*, quod placuit in *constituendo*. Alex. 7. *Conf.* 47. §. 5. Neque tamen alterius constitutio tunc est prioris revocatio, ubi istius cum hoc *communicatio* vel hujus *functio* quædam manet. Mevius *VIII. Dec.* 37. Non etiam per Procuratorem posteriorem *generalem* revocatus esse censetur prior *specialis*, quia per genus non derogatur speciei. *c.* 1. *d. Rescript.* Cabedo 1. *Dec.* 14. *n.* 15. & Ricc. 3. *Dec.* 161. Potest vero *decerpi species aliqua* ex mandato generali priori; quæ posteriori committatur, & utrobique igitur specialis, non revocato generali, causam suam, tractabit.

§. VI.

Ex *causa* denique revocatum Mandatum censetur, quoties negotium *sublatum* aut *sufflaminatum* videri potest: Quod quidem semper fit, quando *statum mutat* constituens: nam ita etiam in *facultatibus* mutatio inducitur; puta quando quis bonis cessit, aut decoxit.

l.72.d.solut. & *pll.ap.* Salgado. *P.1. Labyr. credit. c.28.n.1.* ubi quoque Mandatum à debitore constitutum ad *administrandum*, exigendum & alienandum, extingui tradit per Judicium *Concursus*, quod supervenit.

Dissertatio de Beneplacito, pro loco in Facultate Juridica obtinendo disputavit NICOL. CHRISTOPH. LYNCKER, JC. Ducum Saxon. Consiliar. & Profess. Jur. Ordinar. Jenæ Mense Maji A. O. R MDCLXXVII.

SECTIO PRIMA

De his quæ ad Beneplacitum in genere pertinent.

SUMMARIA.

1. *Evolutio nominis.*
2. *Definitio.*
3. *Synonymia.*
4. *Formulæ quædam beneplacitum innuentes explicatæ.*

§. I.

DOctrinam *de Beneplacito* aggressuris, (quam difficilem *in l. centesimis. 46.§.2.d.V.O.n.9.* vocat Bartholus; ipse tamen vix uno alterove loco * eam leviter exposuit, nec post eum quisquam alius ex instituto tractavit,) vel maxime *nominis* habenda est ratio. Est autem vox recentioris ævi, ** & Canonica *c. gratiose 5. de*

---

* *Ad d. Leg. 46. & l. sufficit. 56. d. Condict. indeb. item in c. ad reprimendam. X. de off. Jud. Ord. & in Lib. 1. Cons. 63.*

** *vid. Aur. Bull. d. An. 1356. Tit. XII.§. Hinc. est ibi: Hac nostra ordinatione ad nostrum ac ipsorum duntaxat Beneplacitum duratura.*

de Rescript. in 6. * cujus loco Civile Jus & interpretes ejusdem vocibus *Arbitrii*, *Voluntatis*, item *Potestatis* & similibus utuntur. vid. *l. 7. §. 1. ff. de reb. dub.* Quamobrem in ea τὸ *Placitum* non denotat idem ac *Conventum*, ut *in l. 5. C. d. fidei. add. l. 1. §. 2. 3. ff. de Pact. neque* τὸ δογματιζόμενον, quod videlicet in negotio argumentis involuto probatur: quamquam ex placito ejusmodi, quod Italis *un parere*, Græcis τὸ ἀρεστὸν, Latinis Arbitratus dicitur, Decisa primum & sententiæ, ** quin & dehinc barbaris temporibus Fora tandem ipsa, Consessus & Comitia Placitorum nomine venerint. vid. *c. 1. X. de Feriis. c. 13. X. de Præ-*

* *Scholasticis non minus usurpata: quorum & simul Theologiæ Theoreticæ Magister Petrus Lombardus, unus ex tribus illis Petris, P. Gratiano: (qui plus quam seculo ante Bonifacium VIII. citati cap. Authorem, floruit:) Canonum Compilatore & Magistro Theologiæ Causidicæ, & P. Comestore, Historiæ Scholasticæ Concinnatore, Spuriis Fratribus, (Jo. Conr. Dieterich. in Græcia exulante: fol. 7. vid. D. Jo. Gerhard. Lib. 1. Confess. Cathol. P. 2. c. 15. p. 743. ubi Bellarmino & Baronio respondet: junct. insuper D. Zieglero, Diss. d. Orig. & increm. Jur. Canon. §. 37. sub Ludov. VII. & Phil. II. Gall. RR. Episcopatui Parisiensi, circa annum 1137. præfuit: (P. Lambec. Lib. II. Bibl. Cæsar. c. 5. p. 261.) & in Libbr. IV. sent. D. 1. dist. 45. decantatam in Theologorum Cathedris distinctionem Voluntatis Divinæ in voluntatem Signi & Beneplaciti exposuit: quam postmodum Jo. Calvinus Lib. 3. Inst. c. 22. sect. 11. & alibi, cum sequacibus, ad explicandam de reprobatione absoluta feralem sententiam, in sensum reprobum & à Lombardi mente, (qui harmoniam signi & signati non turbaverat,) alienum detorsit. vid. Zanch. Lib. 5. de Natur. DEI. c. 2. p. 739. ibi: causam hic nullam esse dicimus, quam merum DEI Beneplacitum, & Stephanum Szegedinum in Locc. Commun. p. 232.*

** *Ut hodie Gallorum Arrestum nonnulli lusu ingenii inde deducunt. Guil. Budeus sane placitum pro Decreto capit, ut idem sit ac ψήφισμα ἀρεστὸν. in l. ult. ff. d. & Senatorib. Canonistis Beneplacitum Apostolicum pro Decreto seu consensu Pontificis accipitur. vid. Gu. Papa Dec. 163. & cons. 58. Steph. Gratian. C. 168. n. 13. Discept. Forens. & passim: item Card. Franc. Mantica. Lib. 25. d. T. A. C. Tit. 6. n. 67. ubi Beneplacitum Papæ loco omnium solennitatum esse ait.*

Præscript. ubi J. Cujacius, *juncto* G. J. Vossio *Lib.* 3. *de Vit. Serm. Lat. c.* 55. *p.* 566. Sed placitum hic pro eo, quod pro arbitrio seu *εὐδοκίᾳ* visum est, accipitur: quem vere significatum *ap.* Ciceronem *in lib. XI. Famil. Ep.* 1. (*& alibi VIII.* 4. *&c.*) legimus: *Qui in his angustiis versarer, placitum est mihi, ut postularem Legationem liberam. Bene vero placitum* dicitur, quod valde placitum est. Sic enim *apud* eundem *d. L. Agrar. contr.* Rallum: *Adolescens non minus bene nummatus, quam bene capillatus.* Favorem enim & studium h. l. non designat: ceu quidem *in Sacris* sæpe vox Beneplaciti occurrit. Nec P. Philippi Cornei traditio *lib.* 2. *cons.* 92. *n.* 11. à Cavetta *Consil.* 732 *n.* 29. recipi debuit, quod Beneplacitum idem velit ac *voluntas justificata*, quoniam ex bono & placito componatur: id quod cumprimis observandum esse Georgius Natta inculcavit, *in Cl. sæpe vers. non sic tamen. n.* 69. *de Verb. signif.* Nam hæc quidem cum liberrimo Beneplacito, (*v. l.* 76. *pro soc. & l.* 11. §. 7. *d. Leg.* 3.) quale plerumque est illud, quod Reservatum dicimus, rigidum sæpe & quod arbitrium boni viri vix sustineat, non ubique convenit: & præterea *nonnunquam bona dictio est, quæ tamen non sit benedictio. Can.* 12. *dist.* 38. *in fin.*

§. II.

Cæterum ut voluntas aliquando τὸ θέλημα θελητικὸν, seu *potentiam* volitivam, qua volumus, designat; aliquando ipsam θέλησιν, seu *actum* voluntatis; nonnunquam θέλημα θελητὸν, *objectum* scil. sive rem volitam: Ita Beneplacitum, quod ex mente tamen non minus pendet, atque significanter *in l.* 7. §. 1. *de reb. dub.* liberum (*ad voluntatem,*) arbitrium (*ad intellectum,*) dicitur, trifariam accipi & definiri potest. Medio tamen significatu *Beneplacitum est actus, quo negotium in nudo voluntatis motu reponitur.* Dico (1.) *Actum*, eumque non in sola & naturali agendi libertate consistentem, sed ex potentia *morali* profectum, & qui præter & citra Legem exseri possit, sed non contra eam, *l.* 62. *C. de Rit. Nuptiar.* saltem universalem, sive Jura communia. Nec enim eo minus liberum dicitur, quod non nisi certa Lege licet, ut est alienandi, testandi facultas. Knipschild. *de Fideic. Fam. c.* 6. *n.* 344. Et quamvis alicui merum, absolutum & de facto procedendi arbitrium concedatur, dolus tamen, sive verus sive

sive præsumptus, injuria & præjudicium tertii, sub ea concessione non veniunt. Menoch. *lib.* 1. *A. Jud. Q.* 13. (2.) *In voluntatis motu*, supposito judicio *intellectus*, * quod ipsum quoque in libertate arbitrii supponimus, quanquam hanc solum concipiamus, ut in eligendo convenientia fini occupetur, quod quidem ad voluntatem magis pertinet. Interea cum dissuasu etiam intellectus beneplacitum conjunctum esse potest, qua ratione actus non minus spontaneus & voluntarius dicitur: quia, quantum ad spontaneitatem, non tam conscientia, quam voluntas ejusque libera determinatio, proxima quippe moralitatis causa, inspicitur. (3.) *Nudo motu*: *αὐτεξουσίαν* in Beneplacito reservato, *αὐτοπραγίαν* in reliquis appellare posses. Hinc Beneplacitum nulli impedimento aut necessitati subjacet, nullam quoque concessionem cujusquam expectat. v. Steph. Gratian. *c.* 975. *disc. for. n.* 21. *&* 43. Gozadin. *cons.* 91. 7. Plane ut cum illis comparatum est, quæ *Lex* in arbitrio nostro collocat: quo circa Principibus & illustribus Imperii viris *libertatem exteris militandi*, quam Rec. Imp. zu Speyer: 1570. §. denselben. eine löbliche Gestalt (speciem intelligit,) Teutscher Freyheit, appellat: absque ulteriori requisitione Imperatoris, recte asserimus. Et C. Klockius *v.* 2. *consil.* 52. *n.* 12. 44. cum in Privilegio Civit. Wormatiens. *Venditio bonorum in Forenses* inhibeatur, es wolten dann die Käuffer davon bürgerliche Onera tragen: non indigere putat ulterius venditores des Raths Gunst und Bewilligung: Sunt tamen nonnulla per se quidem libera, sed non libera cujuslibet arbitrio. Ita *Ceremoniæ & ritus Ecclesiæ*, tanquam adiaphora quædam, adeo libertati humanæ secundum se tota subjecta sunt, ut ne quidem indifferentiam suam amittant, utcunque necessitas unius vel alterius ceremoniæ per Constit. Ecclesiast. inducatur. Gisbert. Voet. *Vol. Disp. Theol.* 2. *p.* 220. nec tamen Ministri Ecclesiæ quicquam in ejusmodi, pro beneplacito suo, oder eigenen Gefallens, suscipere debent. Bened. Carpzov. *lib.* 2. *jurispr. Consist. Tit.* 15. *def.* 245. *seq.* Aliqua etiam *libera* sunt, sed *in hypothesi*; adeoque suo modo necessaria: quale fuerat *Beneficium Emigrationis*, (in c. Religionis: vid.

* *Eleganter utraque facultas conjungitur apud Corn. Nepot. IX. c.* 4. *n.* 1. *Rex ei permisit quem vellet eligere. Id arbitrium Canon negavit sui esse consilii.*

R. A. de An. 1555. §. wo aber. ib. unverhindert zugelassen.) quod in praxi saltim imperii, (de qua D. Tabor. *Tr. de Metat. P. 2. c. ult. §. 11.*) jam olim necessitatis fuisse Jo. Meichsnerus ostendit, *Lib. 2. Dec. Cam.* 56. & hodienum necessitatis esse, verius est. *v. Art. V.* Instrum. Pac. §. 33. 35. & 36. Posses quoque ad eorum censum referre *Conventus Electorales:* de quib. *in Capitul.* Matthiæ *Art.* 5. Wir lassen auch zu, daß die sieben Churfürsten je zu Zeiten vermög der güldnen Bull (*supra cit. tit.* 12.) zu Ihrer und des Heil. Reichs Nothdurfft, (*in Capitul.* Leopoldin. *Art.* 6. legitur: nach Gelegenheit und Zustand des Heil. Reichs, zu ihrer Nothdurfft,) auch so sie beschwerliches Obliegen haben, zusammen kommen mögen. Quo *Artic.* Imperator, qui jus prohibendi habebat, conventus permittit: & sunt Comitia illa Electoralia, quoad præcisam obligationem conveniendi, in beneplacito Electorum; hypothetica vero subest necessitas, ex obligatione, quam debent Imperio. (4.) *Reponitur.* Et *expresse* quidem, ut absque expressione illa non veniret ipso jure. Excludimus enim abhinc, quodcunque lege vel consuetudine arbitrio nostro specialiter (vid. *l. 2. d. LL. l. 21. C. Mand.* Munoz. de Escobar. *de Ratiocin. c. 6. n. 35.* Coll. Arg. *de contrah. empt. th.* 26.) commissum est: sive 1.) *directe* illud fiat, & quidem tum diserte & *explicite*, ut in beneficio abstinendi filio dato. *l. 55. de A. O. H.* Gail. 2. *O. 128. n. 2. seqq.* Carpzov. *VI. Resp.* item in determinatione indefinitæ solutionis, in quam causam ex pluribus solutum debitor velit. *l. 1. & l. 101. §. 1. de solut. ap.* Eund. *V. Resp.* 103. tum *implicite* & ex natura negotii, ut in L. Commissoria, ratione venditoris *l. 1. l. 4. §. 2. d. L. Commiss.* in stipul. alternativa. *l. pen. C. d. condict. indeb.* sive 2.) *per consequens,* qua ratione is qui plenum Dominium habet, plenam quoque facultatem alienandi habere dicitur apud Guid. Papæ *Decis.* 145. Adeoque beneplacitum exserta voluntatis & arbitrii declaratione exprimendum esse volumus; non aliter ac in specie quod *licentiam disponendi*, expressam concessionem requirit, & in eo discrimen licentiæ & consensus constituit Rosenthal. *c. IX. concl. 28. de Feudis n.* 7. indeque præsentiam ejus, qui licentiam præstare debet, non sufficere docet Arnold. de Reyger. *P. 2. Thesaur. Voc. Licentia. p.* 105. Nec tamen solum exprimi beneplacitum sufficit, sed imo expressio illa præcedere debet, cum totam formam rei conciliet, juxta Paulum de Castro 2. *Cons.* 327.

Cau-

Causam tamen allegari eo ipso necesse non est, quod ex nudo voluntatis placito totum negotium dependeat. *v.* Anton. Fabr. *in Cod. Sab. quando mul. tut. off. Def.* 1. *n.* 2. Sed plus satis de qualicunque Beneplaciti Definitione: sub cujus amplitudine, cum quodvis Beneplacitum contineatur, puta tam *simplex*, quam *complexum*; *Illud* iterum, quod & μονόπλευρον, sive unilaterale dicere posses, tum *reservativum*, seu κατ' ἔσω, quod quis sibi ipsi sumit in re, quæ dispositioni ejus subjacet: tum *concessivum*, seu κατ' ἔξω, quod alteri relinquitur. *Hoc* vero (complexum scil.) quod mutuo consensu & conventione nititur. Hinc latissimus Beneplaciti campus se aperit: in quo si inoffenso pede progredi velimus, omnino necessarium est, ut *Formulas* potiores, quæ in una alterave specie promiscue adhiberi solent, in hoc Tractatu *Generali* expendamus: quamlibet suo usui deinceps, cum ad species ventum fuerit, adhibituri.

§. III.

Solet autem I. exponi Beneplacitum non tantum plene, velut: *Ad Beneplacitum*, auf Woigefallen, sed etiam simpliciter per verbum *placet*: quod licet plerique non absolutam potestatem; sed regulatum & boni viri arbitrium denotare opinentur, adducta præcipue hanc in rem *l. Thais.* 41. §. 3. *seqq. ff. de fideicomm. libert.* vid. Abb. *lib.* 2. *cons.* 48. *n.* 3. Terentill. *id.* Buratt. *Dec.* 898. *n.* 13. Aymon. Cravettam. *cons.* 512. Capyc. *dec.* 116. *n.* 4. & Ruyn. *lib.* 1 *cons.* 181. *n.* 7. Alii tamen contra sentiunt *ap.* Menoch. 1. *qu.* 7. *n.* 32. Et cumprimis Guido Papæ *Dec.* 475. item Corneus *lib.* 3. *cons.* 156. attento communi usu loquendi, voce *ad placitum*, arbitrium absolutum indicari perhibent. Nonnulli inter contractus & ultimas voluntates distinguunt, ut in his vox *placebit* arbitrium regulatum designet; in illis absolutum: ita Becc. *consil.* 88. *n.* 48. Sed alii hoc ipsum invertunt, in his absolutum; in illis regulatum supponentes: idque *per l.* 6. *pro soc. l.* 50. *d. arbitr.* Menoch. 1. *cons.* 87. *n.* 17. Cravett. *consil.* 828. *n.* 2. *seqq.* Putem præcipue intentionem proferentis inspiciendam, atque dehinc discernendum esse: An quis suo beneplacito quid reservet; quod beneplacitum, tanquam in re ad se pertinente, pro absoluto habebitur: An vero beneplacitum alii resignet, qua ratione tan-

quam viro bono commissum esse censebitur: id quod in ultimis voluntatibus præcipue obtinet; Quin etiam in contractibus, ubi mutuo bonam fidem fovisse creduntur contrahentes; eosdem ad arbitrium seu placitum regulatum respexisse videbitur. Non minores sunt dissensiones II. circa vocabulum *Arbitrii*: quod sæpissime non tantum in probatis Autoribus, * sed vel maxime in LL. nostris Civilibus pro Beneplacito usurpatur. vid. *præ cæteris l. 26. §. 13. de condict. indeb. l. 2. §. 3. de eo quod cert. loc. l. pen. C. de pign. act. l. 30 de Op. lib. l. 52. de condit. & dem. l. 21. §. 4. de ann. legat. junct. l. 6 de cond. & dem.* Equidem generali & simplici voce arbitrii, vel etiam in dubio merum quoddam & absolutum arbitrium, in quo videlicet pro lubitu, etiam invito altero & duritiem non immerito accusante, quis procedere potest: non intelligitur, *l. 30. ff. de Op. Libert.* Cravett. *cons. 612 n. 11.* Menoch. *cons. 69. n. 4. 5.* sed quod in re sua quis adhiberet. Alex. *l. cons. 47. n. 8.* & arbitrio boni viri congruit: hoc est; judicis, ** *l. 137. §. 2. de Verb. Obl.* cum ad hunc deventum fuerit. *d.* Alex. *lib. 3. cons. 41. n. 5. & cons. 58. n. 12.* Quod ipsum tamen regulariter intelligendum est. Nam sicuti liberam & absolutam voluntatem arbitrii nomine venire volunt, quando arbitrium ille sibi reservat, cui in ista re jure suo plenitudo arbitrii jam ante competebat: vid. Menoch. *d. l. 1. A. J. Q. 8. n. 35.* similiter quando alteri cuidam cum translatione pleni Dominii in re quadam arbitrium conceditur: Bald. *cons. 179. n. 2.* Ita è contrario *regulatum* arbitrium accipiendum est, quoties illud indefinite ab alio & vel cumprimis ultima voluntate, (*d. l. 46. § 3. de fideic. libert. & l. 11. §. 7. de leg. 3.*) vel contractu, maxime bonæ fidei, (*l. 76. ff. pro soc. l. 22. §. 1. de Reg. Jur.* ubi Jacob. Gothofr.) constituitur: Quid & in stricti Juris contractibus, si quando ipsorum contrahentium arbitrium electum fuerit, non minus regulatum intelligitur: (vid. *l. 3. C. de dot. promiss. l. 30 d. Op. lib. l 69. §. 4. de Jur. dot.*) ut visum est Phil. Matthæi *ad d. l. 22. §. 1. de Reg. Jur.* Similiter arbitrium Officiali tributum, cum restrictione ad normam Juris, exer-

* *v. Apulej. l. IV. Metamorph. p. 150. n. 15. ex arbitrio nostro locaremus. & l. V. p. 160. ex arbitrio lavacrum petere.*

** *v. eleganter Menoch. Lib. 1. Qu. 10. 11. A. J. Q. ubi per prædicamenta: item Qu. 13. n. 15. seqq. & Qu. 14. 15.*

exerceri debet; Alex. *Lib. 7. conſ. 47. num. 5.* etiamſi plenum ei arbitrium tribuatur. Angel. *conſ.* 388. In cæteris, ſi quando in *pleno* ipſorum arbitrio negotium quoddam reponitur, adjectio illa plenitudinis, arbitrium, etiamſi iſtud, tanquam vox principalis, ex ſe quid reſtrictum notet, tamen ampliat: Socin. *in l. 3. ff. de reb. cred.* (*male diſſ.* Menochio *in Lib. I. Arb. J. Qu. 7. n. 41.*) indeque ob adjectionem iſtam reſpectus ad virum bonum regulariter ceſſat: adeo ut ſi contrahentes in plenum alterutrius, (ſecus ſi tertii,) arbitrium rem contulerint, injuſtam quoque voluntatem Baldus admiſerit. *Lib. 2. Conſ.* 195. *n* 8. Idem dices multo magis de adjectione extenſiva; *abſoluto*; nec non de *conſcientiæ liberæ arbitrio*, ohne ſich ein Gewiſſen darüber zu machen: *ap.* Nevizan. *conſ.* 38. *n.* 12. Sed de eo appoſito, ſi ſolummodo *liberum* detur arbitrium, fortaſſis idem ac de abſoluto, cum Rolando à Valle, 1. *conſ.* 42. *n.* 17. & Menochio *Lib. 1. A. Q. 7. n.* 16. ſentire non licet. Wilh. Antoni de Freundenb. *de Reſcript. Morat. Tit. 9. concl.* 51. *n.* 82. Et ſane differunt arbitrium *abſolutum*, arbitrium *liberum* & arbitrium *reſtrictum*. Hoc non tantum bonam fidem, ſed & æquitatem, imo etiam charitatis ductum ſequitur. *l.* 11. 7. *d. Leg.* 3. Menoch. *d. l.* 1. *Qu.* 13. *Illud*, quod alicubi plenum, imo etiam merum Proculo dicitur, *l.* 76. *pro ſoc.* laxius eſt, & ne quidem ad arbitrium boni viri reducitur; Barthol. *in c. ad reprimendam. X. de Off. Jud. Ord. verſ. videbitur. n.* 3. quanquam Juris poſitivi rationem habere debeat. *Iſtud* vero laxatum eſt penitus, ut re etiam abuti, eamque diſſipare vel tollere citra ullius contradictionem liceat. *l.* 75. *d. Leg.* 1. ibi: *mera voluntas. l.* 18. *d. adim. vel transfer. Leg.* maxime ſi quis illud ſibi in re propria, adeoque ſuomet jure, reſervaverit. Surd. 1, *Conſ.* 10. *n.* 53. Pariſ. 3. *conſ.* 71. *n.* 19.

§. IV.

Ex his quadantenus lucem fœnerantur ſequentes Beneplaciti formulæ. (1.) *In poteſtate alicujus eſſe. l. 2. d. L. Commiſſ. l. 68. de hæred. inſt.* Nobis es ſteht in ſeiner Macht und Gewalt: item *poſſe* & *valere*, können und mögen, quæ quidem affirmative poſita (Beſold. *conſ.* 18. *n.* 44.) neceſſitatem non importent; *l.* 40. *pr. d. Jud.* etiam in Reſcriptis Surd. 1. *conſ.* 98. *n.* 1. *ſeqq.* niſi cauſativam, quia aliquando ſub

certa forma τὸ posse conceditur, ut aliter quis non possit. Surd. *Dec.* 268. Similiter si prolata sint illa verba non ad favorem heredum, sed ad commodum testatoris. v. c. *ut inde solvantur debita, &c.* tunc enim necessitatem inducunt. Idem in 1. *cons.* 99. *n.* 2. *seqq.* Alias vero arbitrium notant, non quidem absolutum, sed boni viri; Decius *cons.* 494. *n.* 3. quanquam & hoc tantum regulariter. vid. Gylmann *Tom.* 4. *Symph. Cam. Part.* 1. *vot.* 19. *n.* 21. Cæterum si constitutioni servitutis additum sit verbum potestatis, ita vero magis in factum, quam in jus sonat. Wesenb. 2. *cons.* 69. *n.* 4. (2.) Auf Gnad, ut im Land R. *Lib.* 2. *art.* 32. Wer auf Gnade dienet, muß der Erben Gnad, (das ist was sie ihm gutwillig geben,) nehmen, darnach soll darinnen die Gleichheit, (das ist æquitas,) nach Betrachtung der Dienstbarkeit gehalten werden, ad arbitrium bonorum virorum. *Adde* Menoch. *cas.* 514. *A. J. Q. n.* 10. *&* 515. *&* Gylm. *d. vot.* 19. *n.* 20. ubi de pacto: Uns die Macht und Gnad behalten, daß wir alle Jahr mögen wiederkauffen. (3.) Auf *Discretion*: qua voce arbitrium boni viri indicatur. Gail. *Lib.* 1. *de Pac. Publ. c.* 4. *n.* 31. Paris de Puteo, *de Syndicat. de Arbitrariis eor. n.* 16. *& Tit. seq. n.* 10. Alex. 1. *cons.* 33. *n.* 33. qui tamen 6. *consil.* 175. dictam vocem liberam quoque voluntatem importare docet, si de hac ex aliis verbis constiterit. (4.) *Authoritate sua. l.* 30. *de pignor. act. l.* 9. *C. d. don. ant. nupt.* eigener Macht und vor sich selbst: Buratt. *Decis.* 389. *n.* 8. (5.) Auf Wiederruffen, quod in Privilegiis, (Carpz. *Lib.* 2. *Jpr. Cons. Tit.* 25. *def.* 415.) in concessionibus officiorum, in denen Laaßbrieffen, (*de quo genere contractus vide inclytum* D. Struvium *Decis. Sabb. c.* 10. *dec. f.*) & aliis sæpe conventionibus, hæc etiam formula reperitur: biß auf Wiederruffen, welches einzig und allein bey uns keineswegs aber bey ihnen, denen Beständern, stehen soll. (6.) *Judicio tuo*: nach Gutbefinden, quod viri boni arbitrium notat. *l.* 41. §. 6. *de fideic. libert.* Barthol. *in c. ad reprim. n.* 4. (7.) *Libere*: Quod quidem ejusmodi libertatem porrigit, quæ ad regulas honestatis redigatur: unde si Testator Legati partem libere ad substitutum reverti voluerit, non eo magis eam authoritate propria capiet: Cuman. *cons.* 115. *n.* 2. nec libertas est facere quodvis, sed *quod quisque judicio & ratione potest.* Alber. Gentil. *VI. d. Nupt. c.* 22. *p.* 566. 568. *conf. ea quæ de Mandato cum libera ad l.* 60. §. 4. *ff. Mandati. Dd. commentatur.* (8.) Plus indulget formula *pro lubitu voluntatis, si ei libuerit,* wann

Digitized by

wann es ihn gelüste. *ap.* D. Taborem *d. Jur. Cerevis. p. 64. seqq.* qua facultas disponendi plena & absoluta, ac velut impetus voluntatis, conceditur. *l. 46. pr. §. 3. ff. de fideic. libert.* Socin. *2. cons. 170. n. 7. seqq.* * Similiter (9.) *Si volueris:* multum habet licentiæ, *d. l. 46. & l. 41. §. 4. eod.* Menoch. *cons. 30. n. 11. & d. A. J. Q. Lib. 1. q. 6. seq.* quia per illam formulam iniquum æquo præferri potest. Petr. Anchoran. *cons. 102. n. 4.* adeo ut vix aliud verbum reperiatur, quo absoluta voluntas rectius significari possit. *l. 24. d. Leg. 2.* Barry *Lib. 8. d. succes. Tit. 8. n. 2.* Hinc in *l. 11. § 7. d. Leg. 3.* habetur: fideicommissum sub ea formula relictum non deberi. Contractus vero quod attinet, verbum voluntatis, Baldus *2. Consil. 195. n. 8. & n. 11.* si ad contrahentes directum fuerit, absolutam potestatem, sed si tertii voluntati per eam quid committatur, boni viri arbitrium denotare, ait: Et sic velim restringas Recentiores; Besoldum *Th. Pr. voc.* freyer Will. & Speidel. *notab. Lit. W. n. 124.* Rectius igitur Castrens. *ad l. 46. centes. §. 2. d. V. O. n. 3.* qui & inter contrahentes hanc formulam ad arbitrium boni viri restringit; Gomezius autem *Tom. 1. resol. c. 12. n. 47.* in eo differentiam inter arbitrium & voluntatem constituit, quod voluntas conditionem, sed arbitrium nullam importet. (10.) *Licentia*, si quis eam sibi reservet, omnimodam voluntatem notat: *v. l. pen. C. d. condict. indeb.* Alias intentio agentium & negotii qualitas respicienda est: Proinde si in Loc. Cond. convenisset, ut finito tempore Locationis pensionem domus augere liceret, plenum putarem, cum Paris. *in 3. consil. 71. n. 19.* arbitrium Locatoris: (ut nim. vox: *liceat* in eo, qui jam tum ex se facultatem illam habebat, aliquid operatur:) adeoque arbitrio boni viri opus non esse. Menoch. *Rem. adipisc. 2. n. 52.* cum & præterea liberum conductori sit, an domum reconducere velit nec ne? *Similes* deinde *Formulæ* ex persona committentis, concessionarii, quinimo ex objecto & variis rerum circumstantiis interpretationem capiunt: qua in re varie se torsit Menochius *l. A. Q. 7. 8. & 9.*

* *Est vel hinc etiam in genere morum luculenta satis inter Libertatem & Lubentiam differentia: quod summa Libertas sit Mercatoris, merces in mare projicientis, illibentissime. Contra summa lubentia in nepote, qui in Venerem furit, libertate affectibus obcæcata.*

& 9. *ubi vide.* Nunc enim Tractatui communi ulterius non immorabimur. Ad species beneplaciti transeamus, & quidem hac Differt. lustremus Beneplacitum, quod *Reservativum* supra diximus, & frequentius etiam *ap. Dd.* Beneplaciti nomine occurrit: *sedemque* suam in Rescripto satis ambiguo Bonifacii VIII, *cap. 5. de*f. *rescript. in 6.* * sortitum est.

SECTIO ALTERA.

De Beneplacito Reservativo.

CAPUT I.

Quo nonnullæ species in Jure Publico obvenientes adducuntur.

SUMMARIA.

1. *Placitum principis circa leges & privilegia.*
2. *Item circa magistratus, officia, honores.*
3. *In cujusquam injuriam aut damnum non vergat.*
4. *Quid in exercendis libere regalibus adversus subditos.*
5. *Erga alios.*
6. *De reservatione beneplaciti subditorum adversus principes in contributionibus.*
7. *In operis.*
8. *Subsidia charitativa & eleemosynæ.*
9. *Bellicum beneplacitum.*

§. I.

* *Quem Librum totum causidicum, & ut contentionibus Clericorum deserviret, ad Aulæ Romanæ quæstum excogitatum observant Vett. v. Paul. Langium, Chron. Citiz. p. 819. nec in Gallia receptum esse Franc. Duarenus tradit præfat. Lib. de Sacris Eccles. Minist. p. 2. Quin & pll. in eo Decretales ad Beneplacitum, i. e. contra jus & rationem compositas, indignatur Petrus de Ferrar, in Praxi, Tit. 52. n. 45. & 47.*

§. I.

QUod si *Principis* Arbitrium expendamus, etiam subditis quid in publicis præstationibus concessum sit, ex relatorum indole aperietur. Et quidem tantæ est Authoritatis in Republ. Romana *Placitum Principis*, ut non duntaxat sub *Regibus*, in ea Legum infantia, Arbitria Principum pro Legibus essent; *l.* 2. §. 1. *d. Orig. Jur.* (*Nobis Romulus ut libitum imperitaverat*, *ait* Tacit. 3. *Ann.* 26.) verum etiam in *statu Imperatorio* Placitum Principis vigorem Legis habere dicatur: *in* §. 6. *Inst. d. J. N. G. C. & l.* 1. *ff. de Constit. Princip.* modo Placitum istud objectum quoddam Juris faceret, * eoque animo, ut jus esset, promulgaretur. Bachov. *ad d.* §. *Inst. &* Covarruv. 3. *Resol. c.* 6. *n.* 8. Quin & si ratio jubeat, ut in *tumultu* illo *actionum humanarum* (*Nov.* 98 *præfat. junct.* Aristotele ** 2. *Pol.* 6.) mutari Leges consultum sit, etiam mutationes Legum civilium, ut c. *perpetuo valiturarum*, (ex destinatione videl. & per immutabilitatem civiliter intellectam, vel etiam quoad substantiam actus, (Aur. Bull. *Tit.* 1. *pr. Tit.* 8 §. *Adjic. Tit.* 7. *in f. Tit.* 9. *pr.*) ex Beneplacito, quanquam assumtis, velut in constituendo etiam Imperii Statibus, (*juxta Art.* 8. *I. P.* §. *gaudeant.*) Imp. suscipit quod ipsum aliquando exsertis verbis, in ipsa Legis constitutione, reservatur: velut in *dict. A. B. Tit.* 12. §. *Hinc est*, de Conventib. EE. anniversariis, quem locum supra produximus. Quanquam cautela ejusmodi rarius Constitutionibus universalibus, sed potius ex instituto Privilegiis inseratur; sive ea Collegiis & Corporibus integris, sive etiam singulis aut privatis concedantur. Etenim solenne est, cumprimis quod opificia tribuum & mercandi ratio subinde varient, atque non raro abusus initio non provisi surrepant, Statutis Opificum, denen Handwercks-Innungen, hanc fere clausulam subnectere:

* *Adeoque naturæ Legis conforme, i. e. justum & honestum foret: id quod adeo de natura Legis est, ut sine ea nec lex esse nec dici possit. J. H. Baecl. ad Lib. 1. Tacit. c. 4. p. 64. seqq. explosis videl. illis, qui non minus Legem injustam Legis nomen mereri dicunt, ac Resp. corrupta Reip. nomen recte sustinet.*

** *Magno illo justitiæ Magistro, rigidoque Satellite Æquitatis: ut Petro Fabro, ICto. audit. Lib. Semestr. 3. c. 25. pag.* 384.

nectere: Jedoch behalten Wir uns hiermit ausdrücklich bevor, nach Gelegenheit der Zeit und Umstände, diese Innung nach Gefallen zu ändern, zu verbessern, oder da sie mißbraucht würde, entweder gantz oder zum Theil aufzuheben, und zu widerruffen. Qua quidem clausula non hoc agitur, ut pro lubitu & ex absoluto arbitrio Statuta semel introducta abrogare & immutare liceat, siquidem hoc à voluntate eam inserentium, tum & ab impetrantium mente & conditione eorum quæ conceduntur, quin & ab usu Reip. alienum est; sed ut ex ratione id fiat, nec aliter quam si necessarium illud vel utile fuerit. Dav. Mevius *Part. V. Decis.* 230 *seq.* Quæ vero singulis conceduntur privilegia, ut illis reservatum Beneplaciti inseratur, fortassis necessarium non esse, illi putaverint, qui Principem, vel saltem successorem ejus, privilegia pro lubitu tollere posse opinantur: *ap.* Diet. Reinking. *L.* 1. *d. R. S. & E. cl.* 2. *c.* 8 *n.* 26. *seqq. &* Christoph. Besoldum. 3. *consil.* 91. *n.* 4. ubi Peregrino Rauchbar & al. citatis, vulgatam esse hanc traditionem, indeque confirmationes Privilegiorum à successoribus impetrari, ait. Sed non probat istam sententiam Besoldus, & cordatiores ne quidem mere gratiosa privilegia, maxime si non successiva sint, sed momentanea, (*ut* Natta *loquitur*, *cons.* 512. *n.* 241.) i. e. si per traditionem, sive veram, sive factam, à Principe translata fuerint, (D. Just. Sinolt. d. Schütz. *vol.* 2. *Coll. Publ. Disput.* 8. *th.* 7. *lit. b.*) pro lubitu ab eodem vel successore ejus, *c.* 15 *XXXV. q.* 1. *c.* 7. *XXV. q.* 2. Myns. *IV. resp.* 1 *dec. XI. qu.* 19. *n.* 106.) revocari posse, statuunt: D. Nic. Mylerus ab Ehrenbach. *cap. XIII. Nomol.* §. 3. *junct. c. X.* §. 5. nisi quod ex causis, Privilegia etiam illa, quæ pro irrevocabilibus habentur, (ut omnia habentur in dubio. Treutl. *cons.* 59. *n.* 53. *seqq.*) retractari, vel saltem alterari, imminui, (Surd. *cons.* 416. *n.* 45. *&* Schrad. *cons.* 13. *n.* 60) sed si fieri possit, cum compensatione, (Hugo Grotius, *II. de Jur. B. & P. c.* 14. §. 13.) queant: vid. *illas recensentem Eundem* Myler. *ad Rumelin. in P.* 2. *ad A. B Dis.* 4. §. 12. *p.* 452. *seqq.* cumprimis vero ob utilitatem publicam; modo religiose illa prætendatur, ut nempe statum reip. directo & principaliter concernat, atque necessitas præcisa subsit: G. Franzkius 3. *var. resol.* 1. *p.* 105. Quapropter in privilegiis, maxime illis, quæ natura sua difficulter revocarentur, optime sibi per cl. Beneplaciti Principes consulent: Besold. 1. *Delib. ad Pandect. fol.* 33. Nam ita, licet eorum aliquod Dominii translativum foret, libere tamen retractari posset.

Carpzov.

Digitized by

Carpzov. *c.* 3. *de leg. Reg. sect.* 14. *frustra* Martino Magero *dissentiente*, de Advoc. arm. *c.* 16. *n.* 125. *seqq.* Sic in concessione quadam juris venandi h. m. Principi prospiciebatur: Soll Uns jederzeit freystehen, solchen Bestand, oder Concession, zu cassiren, die Jagten wiederum an Uns zu ziehen und allerdings aufzukünden. Dargegen soll auch er, der Beständer, schuldig seyn, die Fürstl. Jura zu wahren, und diese Unsere Vergönstigung vor keine Gerechtigkeit anzuziehen. Quin imo si ita videatur, juxta beneplacitum, quo tolli queat Privilegium Titio præbitum, una etiam cavere sibi solet Princeps, ut inposterum in concessione similium privilegiorum, per Titii querelas, non interturbetur: Qualis cautela ap. Carpzov. extat *Lib.* 2. *Ip. Conf. Tit.* 25. *def.* 415. Dieweil aber Unserer Hochg. Vorfahren und Unser ihnen (Buchdruckern,) ertheiltes Privilegium **auf Wiederrufen** stehet, Wir Uns auch weder können noch wollen begeben; sondern vielmehr fürbehalten, auch andern Unsern Unterthanen und auswärtigen, auf ihr gehorsamstes Ansuchen, über ihr Format der Bibel Privilegia, **Unserm Belieben nach**, zu ertheilen. Quid tamen si è contrario Princeps expresse promiserit, *se Privilegium nullatenus revocaturum esse?* Nihilominus Natta *cons. XI. n.* 4. revocandi facultatem admittit: quod P. Surdus *cons.* 419. eo tantum casu probat, si alii, quam parti, promissio facta fuerit. Verum, non attenta Surdi distinctione, adhuc ex causa improvisa indistincte revocari posse putaverim.

§. II.

Uti vero Legibus ac Privilegiis in Republ. Jura constituuntur, ita per *Magistratus & Officiales* eadem exequimur; nec minus hi quoque ad beneplacitum Principis aliquando constituuntur: sæpius etiam *Honor tantum precarius* conceditur, quem Guilh. Budæus * *Titularem*, sive Titulum precarium, vocat, atque is ad beneplacitum concedentis adimi potest. Ipsæ autem functiones & Officia, vel *eminentia*, tribuuntur ad beneplacitum, vel *inferiora*. *Illa*, etiam cum nomine *Regio*: qua ratione *Henricus II. Andium Dux*, Caroli IX. Regis Gal-

 liæ

* *Qui Budæus tantum honoribus suis promerendis impendit studium ut nunquam otio, nisi in unica die Nuptiarum suarum quid indulserit, qua solummodo quatuor horas se literis impendisse conquestus est.*

liæ Frater, Regalem alicubi potestatem, sed non nisi *quoad videbitur*, & ita ad beneplacitum, adeoque impropriam habebat. Quin & solenne fuerat olim in *Francorum Regno*, ut validiorum civium potestas ad beneplacitum revocabilis, & *Ducum Comitumque* officia, primis temporibus, à nutu Regum suspensa essent: velut inter alios Johann. Trithemius, * *Abbas Spanheimensis in Lib. de Orig. Francor. pag. 94.* his verbis eloquitur: *In quibus*, ait, *singulis ferme Provinciis*, (Austras. Alem. Thuring. Bavar. &c.) *aut Duces aut Comites Rempubl. sub potestate Francorum administrabant, Principum nutu amobiles.* Item Joachim. Vadianus, *Lib. 1. de Monaster. & Colleg. Germ. Vet. ap.* Goldast. *Tom. 3. Rer. Alem. p. 35.* ibi: *alienæ potestatis functionem gerebant.* Id quod haud dubie ex Beneplacito in consuetudinem transiit: quemadmodum post Imperium in Germania firmatum sensim ad perpetuitatem Dignitas illa & Potestas Principalis evecta est. *Inferiora Officia* in Republ. non minus auf Wiederruff, conferri solent, daß ein Theil dem andern nach Gefallen, und da es seine Gelegenheit seyn solte, ein halbes oder viertel Jahr zuvorhero (ne intempestiva oboriatur abdicatio,) die Bestallung schrifftlich, (ut deliberato fiat, & patente certitudine,) auffkündigen solle: ad quam clausulam provocant Principes, mutationem Ministrorum meditantes. Equidem ut alias, citra hanc clausulam, tardius velim *concedere Principem, quod datum difficile adimi potest*; (Tacit. *L. XIII. Annal.*) ad *Tiberii* pessimi Imperatoris optimum exemplum, qui *non aliis mandabat honores, quam si constabat alios digniores non esse.* (ap. eundem Tac. *IV. Annal.*) Ita nec querelas facile contra Officiales, tanquam scopum ad sagittam positos, quique non omnibus complacere possunt, admittat Princeps: Bertrand. *Pres. Tholos. vol. 1. P. 1. cons. 83. n. 9. seqq.* quin & veniam, si mereantur, indulgeat: *arg. l. 43. § 4. d. Procur.* Anton. Fab *in Lib. 9. C. Tit. 24. def. 12.* & multo minus, si nullius culpæ rei agantur, eos removeat: Zahn. *c. 36. Jur. Munic. n. 4. seqq.* Est enim dura Ludovici Charondæ sententia *in Memorabilib. voc. Justice*, quod Magistratus quilibet Officiales suos ad nutum deponere possit: dummodo id simpliciter faciat, nul-

la

---

* *Sive Trittenhemius: Patriam enim suam ipse Trittenheim vocat in Chron. Spanheim. ad ann. 1483. (quo ipse Abbas Spanheim. factus est.) & tamen Cognomen suum scribit Trithemius.*

la adjecta causa famam sugillante. Nam quælibet sane destitutio quid affricat: *l.* 51. *ff. de manum Testam. l.* 4. §. 6. *d. re milit.* Prosper Farinacius *Lib.* 1. *Pr. Crim. qu.* 19. *n.* 42. & alii communiter causam, (Brunnem. *ad l.* 3. *C. d. Sportul.*) etiam in Officio revocabili, (Cæval. *Comm. Opin. Qu.* 425.) ejusque probationem, (Nicol. Boërius *Dec.* 149.) priusquam effectus sequatur, *l.* 17. §. 12. *ad Municip.* desiderant: nisi quoad hoc per præparatoriam informationem Officialis nimium gravetur. *l.* 14. *ff. d. solut.* Idem Boër. *Dec.* 150. Neque aliud dicendum est, si ex mera gratia, aus sonderbahren Gnaden, officium alicui concessum fuerit, Jac. Menoch. *L.* 1. *qu.* 55. *Arb. n.* 4. *& n.* 10. *ubi de præfinit. temporis.* maxime si intervenerit factum quoddam reciprocum, veluti si Officialis omnia circa examen & præstationes cæteras impleverit: qua ratione non amplius nuda Principis propensio attenditur. Jason. *Lib.* 1. *cons.* 56. *& Dd. ad l.* 26. §. 1. *d. Leg.* 1. item si ex aliis locis & officiis transierit, auctusque sit familia, confisus officio. Socin. 3. *consil.* 4. *n.* 4. *seqq.* Publica tamen utilitas excipitur, cui ne quidem obverti potest, quod quis semel probatus & contractum cum eo sit, si postmodum à peritioribus indignus reperiatur: veluti ineptus Medicus, *l.* 6. §. 6. *excus. tut. l.* 2. *C. d. Prof. & Med. l.* 11. §. 3. *de Muner. & honor. conf. c.* 12. *dist.* 34. Oldrad. *cons.* 18. in quo tot hominum salus periclitatur; tum & præco inidoneus Verbi Divini. *c.* 14. *X. d ætat. & qualit.* Ex quibus sequitur, ne formulam quidem Beneplaciti, si quæ constitutioni Officialis adjecta sit, adeo crude accipiendam esse: cumprimis si ipsa Dignitas ac functio, non tantum persona, finalis causa fuerit. Panormitan. *in c. quoniam. d. offic. deleg.* Hactenus enim officium, quod ad beneplacitum concessum est, perpetuum reputatur. Tiraquell. *de retract. convent.* §. 2. *Gl.* 1. *n.* 74. *&* Mevius 2. *Decis.* 12. Adeo ut licet facilius, quam si simpliciter concessum esset, revocari queat; (alias enim clausula nil operaretur:) indeque tam adimere illud concedenti, quam Officiali idipsum resignare, integrum sit; *arg. l.* 22. *l. f. Mandat.* Neutrubi tamen illud fine causa fieri debeat: *l.* 30. *pr. d. excus. tut.* Calderin. *cons.* 3. Ruin. *Lib.* 5. *cons.* 104. *n.* 2. *&* 11. Corn. 2. *cons.* 92. *n.* 11. *&* Boër. *d. Dec.* 149. *n.* 11. eo ipso quod, saltem non expressa causa, parvipendium quoddam subesse videatur: Præsertim vero Princeps, si vel maxime concessionem quamlibet aliam, quæ non tam intime Concessionarium afficeret, pro lubitu

Digitized by Google

voluntatis retractare posset, Officialis tamen abdicationem pro lubentia non suscipiet, cum id sine damno quodam aut contumelia vix procedere queat: Quale quid si abfuerit, omnino dicerem, liberrima voluntate Principem in abdicando procedere suoque jure uti posse: cum Joh. Andreæ* *in c. cum singula. 32. d. Præbend. in 6.* Utique Magistratus inferior, si quando Officialem, quem ad Beneplacitum constituit, ex mera duritie removeat, facilius eidem reclamare & exceptione in factum, vel aliter, se tueri licet. *v. c. 7. d. restit. spoliat.* Gutierez. 3. *Pract. quæst.* 11. *n.* 2. veluti de constituto & posthæc remoto Rectore Hospitalis, per Deputatos, facultatem providendi, *prout ipsis videretur*, habentes, *ap.* Romanum *conf.* 467. responsum est; ubi: *nunquam viro bono placebit sine causa facta mutatio, at vero τὰ videbitur, arbitrium boni viri significat.* Quid vero si concedens officium: *Quoad voluerit*, decedat: an morte saltem officium concessionarii expirabit? Affirmat *per tot. consil. 63. Lib.* 1. Bartolus. Sed de finiendi modis infra rectius.

§. III.

Patet interea, nec *Principum* beneplacita quantumvis expressa, nec ob eandem rationem *Papæ*, licet omnia possit, *v. unum* Romanum *conf.* 345. *n.* 5. *seqq.* in cujusquam injuriam aut damnum vergere debere. Et quam ergo ab honesto omni ac vero longius absunt? qui Principum maxime absolutorum nutui & placito non tantum Regimen Principatus ** subjiciunt; Sed quoscunque cum Subditis suis contractus inierint, *** iisdem pro arbitrio tollere aut difflare permittunt: quos inter familiam ducit Th. Hobbesius: quando *in c. 6. §. 14. d. Cive* ait: *Nemo potest sibi obligari; nam cum idem esset obligatus & obligans,*

---

* *Glossatore seu Commentatore potius in VI. Decretal. qui anno 1348. obiit, & in Epitaphio Bononiæ Rabbi Doctorum appellatur.*

** *Perniciosa sententia, qua omnia ex beneplacito Principis suspendunt. Besoldus d. inform. & coact. Subdit. Dis. 2. c. 6.*

*** *Suggestione Regia Virtuti Constantiæ internecina: Carol. Scribani. L. 2. c. 15. seq. Polit. Christian. de quo apte Baclerus* in der Kriegs-Kunst. *clas. 2. ax.* 54. Wer seinen Glauben verlohren hat der hat nichts mehr zuverlieren, er sey auch so ein grosser Fürst als er wolle.

gans, obligans autem obligatum possit liberare, frustra esset sibi obligari, quia liberare se ipsum potest arbitratu suo, *& qui hoc potest, jam actu liber est. Ex quo constat non proprie obligari civitatem civi, quia civis cujusque voluntas in omnibus rebus, comprehenditur in voluntate civitatis. Concilii autem sive hominis, cui summum imperium commissum est, voluntas, est voluntas singulorum civium. Nec ergo tenetur is, cui summum imperium commissum est, cuiquam civium.* Et in §. 15. subjicit: *Nihil cuiquam proprium esse, nisi quod sibi asserere & retinere possit per eum, cui summum imperium delatum est.* Quam traditionem ne quis putet tantum ad vim imperii, (*de qua in c.* 17. §. 12. *&* 17.) vel etiam ad Dominium eminens, (*v.* §. 15. *c.* 6.) non item ad quoslibet contractus, emolumentum publicum non attinentes, spectare: ideo Hobbesius eodem loco civem civi obligari, & ut personam haberi posse, non tantum concedit; indeque de eo, quo civis civi obstringi potest, & quolibet adeo obligationum genere indistincte loquitur. Verum etiam *in c.* 7. §. 14. *quoniam illi*, ait, *qui summum Imperium adepti sunt, Nullis cuiquam Pactis obligantur, sequitur eosdem nullam civibus posse facere injuriam; ub enim nulla pacta praecedunt, ibi nulla sequi potest violatio.* Quinimo *in notis ad d. c.* 6. §. 15. *Nil velle civitatem*, ait, *à Cive auferre per calliditatem, & tamen si opus sit omnia aperte: Inepte ergo ex hac sua doctrina colligi, quod facile sit Principibus ære alieno se liberare.* At vero si nulla penitus est inter Principem & subditum obligatio? si civis persona non est? si nil cuiquam proprium est, nisi per Principem? non indigebit Princeps, ut ablationi rerum necessitatem publicam (sed nudum potius Beneplacitum seu libitum voluntatis) prætendat: Hoc tantum Hobbesio largiar, jus subditi adversus Regem imperfectum quidem esse; Sed hoc non tam ex abdicatione voluntatis, quæ non nisi ad rationem imperii pertinet; neque etiam ex vi Dominii eminentis, quasi nimirum hoc in istud etiam jus, subdito ex pacto quæsitum, se extendat, illudque ipsum, (si ex bono publico videatur,) Princeps tollere possit: nam illud paciscentes non attendisse, ex ipsa natura negotii intelligitur, ne nihil inter eos actum sit; verum ob hoc, quod efficacia agendi civilis adversus Principem Legibus solutum cesset. Interea Princeps contra contractum, etiam Juris civilis, & ne quidem indirecte, venire non debet: ut solide Marpurgenses. *vol.* 4. *cons.* 51. *n.* 32. Quinimo, circa ipsum Imperii exercendi modum,

dum, quod promittit Princeps absolutus, etiam qua talis, ex superno Jure N. & G. servare tenetur; nisi finem aliter assequi non possit: nam eo quidem promissio, (utcunque jurata fuerit, non porrigitur. Deum potius imitentur Principes, qui licet non tam per justitiam stricte dictam, quam per veritatem hominibus obligetur, nec cujusquam subsitet imperio; (saltem quod in eo jus æternum & immanens quoddam insit, juxta quod velle non potest, quod Juri illi ac essentiæ suæ repugnet. *) fidem tamen, (quæ propriissime ipsi, licet solum eminenter, competit,) in promissis servat, nec quicquam ob hoc ex infinita libertate sua amittit.

§. IV.

Liberius procedunt in exercendis Principum Juribus, qui emolumentis eorum, ut Casp. Klockius ait, *I. conf.* 20. *n.* 268. infauste blandiuntur, conf. Henr. Klock. *d. vectig. aph.* 39. Quasi videlicet *Regalibus* suis, quæ in pleno & libero illorum Dominio constituta esse ingerunt, liberrime & ex Beneplacito uti possint: contra illud, quod à *Cæs. Rudol. II.* cum *J. H Z. B.* ein neues Weg-und Stettgeld imponeret, ap. Goldast. *P. 2. Const. Imp. p.* 325. rescriptum est: daß Ihm oder jemand anders im Heil. Reich zu ihrer Selbst-Nutzung, (quod sane commodum vix solidum est & stabile,) solches ohne Consens oder Verwilligung Kays. Maj. anzurichten nicht gebühre. Utcunque enim modus exactionum immutari possit, ut ne Principes oneribus impositis defraudentur; d. H. Klockius *de Vectigalib. Aphor.* 74. *lit. b.* Tamen au-

* *Lubrica est doctrina Sam. Puffendorffii, in Libbr. d. J. N. & G. pag.* 133. §. 3. *& p.* 166. §. 6. *quando DEUM naturæ Legibus, tanquam Ens liberrimum, non teneri, nec Legem sibi esse, nisi ex placito ait. Cavendum heic, ne in Vorstii casses quis incidat, qui Divinam voluntatem & essentiam distincta esse; quin & Steph. Curcellæo, Hug. Grotio & Moysi Amyraldo, adspiret: quorum iste liberrime DEUM de vita: ille de anima, etiam ad annihilandum; Hic vero (quem refutat inter alios D. Dannhauerus in Hodom. Spirit. Calvin. p. 204.) de Beatitudine hominis, disponere, & innoxium quoque cruciatibus æternis pro lubitu mancipare posse, docuerunt.*

augere v. c. *Vectigalia*, præcipue si forenses una premantur, (vid. eund. *Aph.* 10. & 11.) non licet; saltem quod multa talia non tantum per conniventiam Imperatoris transeant; verum etiam querelis aliquando supersedere malint, hi quorum interest: Secus frustranea foret Legum imperii provisio im R. A. 1576. §. weiter seynd wir. *junct.* Capitul. Leopold. *art.* 21. *seqq.* Wesenb. *cons.* 45. *n.* 45. Rosenthal. *c.* 5. *concl.* 44. g. Quin & prudentiæ Principum, simulatque pietati, relinqui debet, num tantam publicæ rei indigentiam arbitrentur, ut debitas subditorum præstationes, uno vel altero modo, augeri oporteat: ipsorum enim vel maxime salus in ea re versatur. Utique de eo vix dubitari videas, num non Magistratus ex fundis privatorum vel si qua ex re alia emolumentum illi capiant, pro arbitrio & ex beneplacito præstationes exigere valeat, licet Domini illorum à longissimo tempore ab omni onere & exactione immunes fuerint? Quanto rectius, assistente sibi æquitate munitus, Regnerus Sixtinus, *vol.* 1. *Cons. Marp.* 9. ubi contra Episcopum quendam respondet, qui decimas sibi ex Salinis Nobilium & subditorum, non attenta in contrarium præscriptione longissimi temporis & consuetudine immemoriali, ex prætenso nimirum & semper vivo regalium jure asserebat, atque decimarum possessionem propria authoritate apprehendere nitebatur: quasi videlicet facultatis & liberi esset arbitrii, nullo nisi expressæ immunitatis habito respectu, vigore Regalium petere Decimas. Ulterius progrediamur, & num exactio *Homagii*, si longissimo tempore omissa fuerit, in Principis beneplacito consistat, disquiramus? Equidem si ad præstandum requisiti subditi præstationem abnuissent, & abinde tempus immemoriale præterlapsum esset, inviti ad præstationem illius adigi non deberent. Casp. Klock. *vol.* 1. *consil.* 9. *n.* 41. Quidni enim præscribi non possit Homagio? cum possit & præscribi juramento fidelitatis: Menoch. *cons.* 748. *n.* 43. *seq.* quanquam longissimum tempus ad hoc non sufficiat. Andr. Knichen. *de sublim. Territ. Jure. c.* 3. *n.* 268. & ne quidem 40. annorum: ut male Guido Papæ. *Dec.* 316. non quod homagium illud res meræ facultatis sit: nam Dominus in ejus præstatione facto subditorum indiget; (quod attendit Merckelbach. ap. Klock. *Vol.* 2. *cons.* 18. *n.* 27.) sed quoniam ad obedientiam Domino exhibendam spectat: quocirca tempus immemoriale desideratur: Menoch. *cons.* 748. *n.* 28. *seqq. junct.* Henr. à Rosenthal. *de Feud. c.* 6. *concl.* 72. *n.* 6.

lit. b. Tanto vero magis libertatem ab Homagio servabit Princeps, si ab initio obtenta, & nunquam à longissimo tempore interrupta sit; qualem sibi vindicat Senatus *Argentoratensis* una cum civibus, vid. Jo. Lymnæum, *Addit. prior. ad lib. VII. Jur. Public. c. 3. p. 152. & Literas prolixas Civitat. ad Imperatorem*: in Diario Europ. *ad ann.* 1660. *p.* 251. ubi ad Capitulationem provocant, worinnen die Kayserliche Majestät versprochen, die Stände bey ihren Freyheiten zu lassen. Hinc non tantum Fridericus V. seu III. * Maximiliani I. Pater, in anno 1473. Juramentum ab Urbe obtinere non potuit, sed nec modernus Imperator invictissimus Leopoldus. Nec debeat igitur hoc in capite Knipschildus cum Bruningio contra Civitatem sentire: *in Lib. II. de J. Civit. Imperial, c. 9. n.* 77. (vid. tamen *Lib. III. c.* 51. *n.* 60.

§. V.

Ad expressa, & quæ proprie huc spectant, Beneplacita revertamur, & cum superius expositas species Beneplaciti, adversus subditos sibi Princeps reservaverit: nunc aliquas tantum adducamus, queis non minus erga alios sibi solet prospicere. Pertinet eo *Jus Aperturæ* die Oeffnung, quo Princeps in suo Territorio, in seinen Städten und Festungen, ex vi Superioritatis, (Rüdinger. *Cent. 3. Obs.* 93. & Klock. 1. *cons.* 10. *n.* 301. *seqq.*) & in aliorum castris, ex reservato expresso, feudi v. c. concessioni inserto, fruitur, daß darinnen niemand ohne mit seinem guten Belieben aufgenommen werden möge. vid. Bidembach. *in Quæst. Nobil.* 22. Deinde huc referri potest die Atzungs-Gerechtigkeit, das Ablager, oder Ausspann, Mansio Cothmanno, *in cons.* 38. (Jus epulationis olim & Comessationis,) ** quo jure

* *Ita se ipsum appellat sæpius, non respectu electionis, sed quod Fridericus tantum I. & II. à Pontifice coronati fuerint. Lambec. L. 2. Bibl. Cæs. c. 8. p. 709. seq.*

** *Wehner. Obs. Pract. voc.* Schauren: *ibi*: mit so viel Pferden und Personen als ihm beliebet, und deren Zahl man nicht wissen mag, dazu auch mit schönen Frauen und Spielleuten ꝛc. *Addit deinde, quod in pagis illis hoc etiamnum servetur, quamquam usu juris honestiore.*

jure incolæ alicujus loci, adventantibus Dominis, vel aliis, cum familia sua & Comitibus, ad hospitium & una esculenta & potulenta suppeditanda tenentur. Eodem uti solebant, & hodienum utuntur *Advocati Monasteriorum*. (Klock. 1. *cons.* 14. *n.* 53. *seqq.*) ut Comites Solmenses in monasterio Arnsberg &c. Quod si ejusmodi Beneplacitum (die ungemessene Atzung,) nimium extendi velit, officium Judicis implorari potest, ut ipse iniquitati remedeatur, & vel ejus loco de certa pecunia conveniat. Frideric. Binder. *Concl.* 11. *&* 20. *de Jure Albergariæ. &* Klock. *d. vol.* 1. *cons.* 21. *n.* 69. *&* 134.

§. VI.

Vicissim *subditi adversus Principes ac Dominos* quandoque Beneplacito suo quid reservant, idque potissimum in Contributionibus seu Collectis & Operis. *Contributiones* tum (1.) illas intelligo, quas aliquando subditi aus gutem Willen, dann so dann anderst, und wann es ihnen gefällt, velut ad itinera Filiorum Principum, porrigunt: ex quibus omnino consuetudo, tanquam ex actibus variis & difformibus, una cum reservato Beneplaciti munitis, non inducitur. *arg. l. Sejo.* §. 1. *de annuis Legat.* Menoch. *IV. Præsumpt.* 31. *n.* 7. etiamsi unus minimum actus contrarius, per quem præstationem à se postulatam denegarunt, (qui quidem per se totam præstationem subvertere potis est. Matth. Coler. 1. *d. Processf. exec. c.* 3. *n.* 33.) non intervenerit; Sed toties quoties, quamvis cum impetu, interpellati, se promtos exhibuerint: Adhuc enim ad Jus Commune reditur, ac subditi, modo reservato eorundem non contradicatur, & abinde Præscriptio invaluerit, ejusmodi præstationibus sibi adeo præjudicasse non censetur, ut iisdem quandocunque ad Beneplacitum provocare integrum sit; vid. Ludolphum Schraderum *P. X. d. Feud. sect. n.* 116. *seqq.* Tum (2.) vel maxime in contributionibus, quas vigore Superioritatis in Comitiis Provincialibus imponere possunt Principes, eorundem Status Provinciales ex justis causis, & ne ultra debitum, und wider das Herkommen, graventur, impetrare solent, ut Recessui Provinciali inseratur, quod hac vice pro nudo beneplacito requisitioni Principis locum reliquerint. Quin & si Vasalli collectas aliquando præstent, ut Reversalibus sibi consulant, omnino necessarium est. Ita cum

nonnunquam Nobiles & Vasalli cujusdam Principatus ad Bellum Turcium contribuerent, acceptis à Principe Reversalibus, dieweil sie sich darzu gutwillig erbothen, doch dergestalt, nicht daß sie es zu thun schuldig wären, oder ferner zu thun verpflichtet seyn wolten; Sondern Ihre Fürstl. Durchl. ihnen gnugsame Versicherung geben wolte, daß dieselbe und ihre Erben und Nachkommen, die von der Ritterschafft mit keinen Auflagen oder Steuern beladen solten oder wolten; Als haben sie solches zu thun, und gemeldte ihre Stände bey denen alten Freyheiten verbleiben zu lassen versprochen, wolten auch mit dieser Kriegs-Anlage derselben hergebrachter Freyheit, wie sie die bey Ihrer Fürstl. Durchl. Vor-Eltern gehabt, nicht geschwächt haben: Quæsitum fuit: an orto deinceps in Patriæ visceribus bello, vi reservati Beneplaciti Nobiles ab oneribus bello destinatis se eximere potuerint? Visum est quod sic, quoniam in Reversalibus expresse de bello & oneribus, & quidem in futurum quoque, dispositum fuerat. vid. Nicol. Losæum *Part. 3. d. Jur. Univers. cap.* 10. (Secus omnino se habet, si quando immunitatem quis accepisset simpliciter, & casuum insolitorum in genere tantum facta fuisset mentio:) Quin & subditi, si Beneplacitum ipsorum agnitum, nec eidem contradictum fuerit, eodem imposterum frui debent: & tunc indubie securi sunt, si quando lapsus quadraginta annorum supervenerit. *l. ult. C. de fund. patrimon.* Modest. Pist. *vol.* 1. *cons.* 4. *quæst.* 1. *n.* 31. Nam hunc quidem *Textum* una cum *l.* 22 *§.* 1. *C. d. Agric & Censit.* D. Jo. O. Tabor *in P.* 3. *de Metat. c.* 1. §. 11. de illo casu accipit, quo causa aliqua nititur præscripturus, ex qua de Superioris consensu edocere possit: Cum econtra, si solo temporis decursu niti velit, immemoriale tempus desiderari, verius sit. *per l. ult. C. d. fund. rei privat.* Reichs-Abschied zu Augspurg, *de anno* 1548. §. Wann auch. & §. wo aber innerhalb Menschen Gedencken. Sed num Vasallos collectare & beneplacitum, si quod obvertant, salva ratione Juris, respuere liceat? inter cæteros Besoldus examinat, *P. V. Consil.* 233. *quæst.* 5. *n.* 116. ubi Helgium *p.* 1. *quæst.* 18. affirmantem citat. Sed etiam sententiam nonnisi de illis admittit, qui simul quoque subditi und unter der Landsfürstlichen Obrigkeit gesessen seynd. Nam hi fortassis frustra ingeminant, daß sie ihre Lehen ohne dem verdienen: & servitia illa à Statibus nonnullis, Cæsaream Majestatem, ut Vasallos suos sibi collectari permitteret, obtestantibus,

fere

fere nihili æstimari voluerunt. Vid. Ominos. series *rer. in præs. Comit. gestar. III. p. 39. seqq. n. 52.* Nominis interim solatium quoddam Nobiles Vasalli alicubi sentiunt, quod præstationes eorum, die Verwilligungs- oder Præsent-Gelder, appellentur.

§. VII.

Jam *de Operis*: Si subditi per longissimum Tempus loco operarum annunciatim certam pecuniæ quantitatem uniformiter solverint, an per hoc operis præscriptum sit? Quæ tuto facient, Domini, si beneplacito suo regressum ad operas servabunt. Quid autem si nil quicquam reservatum fuerit? Deliberant de eo Authores * *Consultat. Saxon. Tom. 2. P. 5. quæst.* 17. Constitutio ipsa Saxon. *Part. II. c.* 4. quæstionem affirmat. Luculenter Klockius *de Contribut. c. 2. num.* 65. *seqq.* ubi distinguit inter Dominos, qui aliter uti non potuerunt: & in his præscriptionem non obtinere; verum subditos denuo servitia præstare obstrictos esse, docet. Ita quoque Carpzovius *ad d. constitut. IV. def.* 4. Et inter eos qui potuerunt: Nam adversus hos, si commodi sui causa pecuniam acceperint, præscriptio non obtinet, cum locasse videantur: quanquam de hoc ipso ex circumstantiis constare velim. Quod si enim simpliciter pecuniam acceperit Dominus, similiter operis præscribi poterit. Sed si Dominus non tam commodi sui causa, verum ad rogationem rusticorum, acceperit pretium, venditio esse videbitur, & operis ergo non minus præscribetur: vid. omnino *l.* 25. *ff. de O. Libert.* Est quoque relictum nonnunquam subditorum Beneplacito, an singulis annis operas suas, an vero pro singulis operis tot solidos præstare velint? quo casu dubitari poterat: num Dominus uno anno partem operarum & partem pecuniæ petere valeat? Id quod negandum est; Sed vel operas integras vel pecuniam solam exiget. *vid. l.* 21. *§. f. d. Act. Emt. Vend.* Menoch. *IV. consil.* 341. *num.* 28. indefinitas deinde operas, ungemessene Frohnen, Allerdienst, ut ap. Gylmannum legitur, *in symphor. Cam. Præjud. voce Roydæ p.* 309. si subditi aliquandiu, aus freyem Willen & pro Beneplacito præstiterint, dein-

 ceps

* *Sunt illi Joh. Schneidewinus, Matth. Wesenb. & Jacob. Thomingius.*

ceps vero Dominus eas de Jure prætendat, & ipsi longissimo tempore, amore pacis obtemperent, in possessione earum constituetur, easque præscribet Dominus. Klock. *vol. 1. conſ. 26. n. 54.* Alias sicut ex mero nutu & arbitrio Domini tales operæ non pendent. Gail. *2. O.62.n.13.* & Carpz. 1. *Resp. T. VI. Resp. 54.* Ita si eas tempore aliquo non exegerit, postmodum ut illæ resarciantur, obtendere non potest, etiamsi remissioni adjecerit: *cum poposcero. l. 22. pr. d. Op. Lib. l. 24. in f. eod.* H. Hahnius *ad* Wes. *d. t. n. 4.* Quod si tamen exactas non præstiterint subditi, ita Dominus æstimationem arbitrio judicis recte petit. Carpzov. *p. 2. conſt. 52. def. XI.* nisi pauperes illi sint & ob nimiam paupertatem in operis præstandis impediti fuerint. D. Richterus *Decis. 98. n. 29.*

§. VIII.

Plures nunc adducere species ex Publico Jure supersedemus, ex *Jure* tamen *Sacro* itemque *Bellico*, unam alteramve decerpere lubet, priusquam ad Jus privatum fiat transitus. Ex Sacro Jure Subsidia Charitativa, & *Eleemosynæ* afferri possunt. De illis Honorius Papa *in c. 16. X. de Offic. Jud. Ordin. Quod non amplius* (ultra procurationem scil.) *exigere debeat Episcopus, præter moderatum auxilium, quod juxta formam Lateranensis* (sub Innocentio III. nimirum habiti,) *Concilii cum charitate*, & comiter ergo, ut *in c. Cavendum. 7. c. X. q. 3. & c. 6. §. prohibemus. X. de censib.* innuitur,) *postulandum*: Sed Articulum hunc prolixe exequitur Petrus Binsfeld. *de injur. & damn. dat. c. 7. quæst. 1. concl. 12. dub. 5. p. 422. seq.* Hodie vix nomine suo Subsidium Charitativum * dignoscitur, siquidem nulla etiam suboriente necessitate, & pro imperio quidem, ac per censuras adeo, exigitur. Interim non tantum ad *Vasallos* porrectum est, ut & hi à Domino directo ad Subsidia Charitativa sollicitentur; v. Mynsing. *V. Obs. 21.* Verum etiam ad subditos id nominis aliquando porrigitur. Nam si Dominus ære alieno oppressus sit, pro operis aut servitiis personalibus Subsidium Charitativum, ad usque valorem operarum, imponere eum subditis, vel iis etiam injungere posse, tradunt, ut operas illas aliis ex locato, ad

* *Charitative: id est, magno cum amore, G. J. Vossius de vit. Serm. Lat. Lib. 4. c. 31.*

ad redigendam inde mercedem, præstent: quod alias facere Dominus non posset. vid. *l.* 26. §. 12. *de condict. indeb.* & Matth. Berlich. *p.* 1. *Decis.* 67. *n.* 12. Succedit *Eleemosynarum* præstatio, quæ non minus in Beneplaciti censum venit: adeo, ut si quotannis certam eleemosynam quis erogare consueverit, ulterius ut eandem, si destitit, exsolvat, non possit adigi, juxta Balbum *de Præscript. IV. part.* 5. *pr. qu.* 5. Covarruv. *ad c. possessor. part.* 2. §. 4. *n.* 6. *de Reg. Jur.* Quod si tamen subditus, ex Magistratus Imperio, pecuniæ certam summam definierit, quam quotannis Ærario pauperum inferre velit: ita omnino consultum est, ut beneplacito suo & facultati omnimodæ reservet, quandocunque libuerit, summam illam non augendi solum, sed etiam minuendi: quanquam hoc ipsum fieri non sine causa debeat; saltem ut si quando allegari vult, à Magistratu ob reservatum istud tanto pronius exaudiatur. Quod vero Eleemosynæ & similia subsidia imperari subditis, & imo per executionem extorqueri possint, vel ipsis etiam Theologis, non obstantibus *Ps.* 119. *v.* 108. 2. *Cor.* 8. *v.* 11. 12. & *c.* 9. *v.* 7. *cum similib.*) probatur, vid. D. Conrad. Dietrich *in Disc. d. Eleemos. qu.* 4. *p.* 41. *citatus* Franzk. *p.* 2. *resol.* 7. atque ejusmodi institutum, quod alicubi Franzkius, intercedentibus nonnullis, suspensum fuisse, refert, in quibusdam Saxon. Ducatibus, recta utique & salutari ratione introductum est. vid. Fürstl. Sachsen-Eisenachische Armen-Ordnung, *de Ann.* 1676.

§. IX.

Bellicum quoddam Beneplacitum, quod *victores* nonnunquam in victos sibi reservant. Et cum quidem acceptos in deditionem *sine ulla conditione* Romanis interficere liciti Juris & solenne adeo fuerit: ut Hugo Grotius ostendit, *Lib.* 3. *d. J. B. & P. c.* 4. §. 12. Hodienum quoque vita Dedititiorum à nutu victoris pendet: steht in seiner Hand: quod *miserrimum esse*, ait, *fortibus viris*, Florus *L.* 4. *c.* 8. *n.* 4. ubi Freinsheim. & P. Syrus: *Bis emori esse, alterius arbitrio mori.* Dann wann man sich auf Gnad und Ungnad ergeben muß, hat man nichts anders zu gewarten, als daß man entweder niedergemacht, gefangen, geplündert, ausgezogen, untergesteckt, und also auch leichtlich um Ehr und Guth, Leib und Leben kommen kan. Georg. Andr. Bœcler.

in

in der Kriegs-Schule, *Class.* 45. p. 803. & Jo. Jac. Speidel. *in Notabil. Lit. G. n.* 145. ubi diversum esse notat, si quis *fidei* cujusdam se dedat: quem in modum Carolo V. Imp. se stitit Philipp. Magnan. Hassiæ Landgravius apud D. Hortleder, von Ursachen des teutschen Kriegs. *Tom.* 2. *Lib.* 3. *c.* 75.

CAPUT II.

Quo species quædam Juris Privati recensentur.

SUMMARIA.

1. *De Jure personarum.*
2. *Item rerum.*
3. *De officiis & persecutionibus extraordinariis.*
4. *De translationibus per universitatem.*
5. *Beneplacitum circa forensia.*

§. I.

ILlas in Jure Personarum, Rerum, & Actionum videbimus. Personas in potestate dominica, paterna, & Jure maritali. Ad dominicam spectant *rebelles*, in gratiam recepti & similes: *quod Libertorum deditiorum* nomine in Jure nostro accipiunt: vid. Forner. IV. *Quotid.* 24. cum quidem victi alii non possint liberti esse, nunquam servi facti. * Sed tamen ut hi libertatem, ita isti libertinitatem precariam habebant; illudque Status beneplacitum ad Bona quoque illorum extendebatur. vid. ad usum modernum Christoph. Besold. *Th. Pract. voc.* Lassen. Ad Patria Jura referri debet, tum ipsa *Filiatio*, quod filium *ad tempus*, & ut paternitas ex beneplacito pendeat, per adoptionem habere non liceat; *l.* 34. *ff. de Adopt.* tum & *Liberorum educa-*

* *Eleganter Hugo Grotius. Lib.* 2. *d. J. Bell. & Pac. c.* 21. §. 4

Digitized by Google

educatio, quo referimus speciem, à Pomponio propositam, in *l.* 7. *ff. d. ann. legat.* ubi matris beneplacito à patre committitur, *ut liberi in eo loco sint, ubi ipsa eos esse volet.* Quam scripturam nullam obligationem parere vult Pomponius: *quia* inquit, *ad authoritatem defuncti conservandam pertineat. Jam vero in omnibus, ubi auctoritas sola Testatoris est, neque omnino eam spernendam, neque omnimodo observandam: Sed interventu Judicis*, (si mater beneplacito abuti vellet,) *hæc omnia ad effectum produci debere.* Num vero Parentis arbitrio permittatur, ubi liberos suos, dum ipse superstes est, educari & ali velit? in eo casu disceptatum novimus, quando Filia Nobilis Novercæ suæ cohabitare recusabat. Utique ut liberos extra domum alat Pater, regulariter cogi non potest. (vid. Menoch. *2. A. Q. cas.* 168. *n.* 12.) Potest autem, si puellæ novercale odium juste adversetur: quod tamen per se solum non sufficit; nam & Patris animus, alendæ ætas, media item & facultates paternæ, consideranda sunt. Menoch. *d. l. &* Jo. à Sande *lib. 2. Decis. Fris. Tom. 8. def.* 1. Maritalia deinde Jura concernit Beneplacitum illud, quod uxor sibi reservavit, daß es auf ihrem Wohlgefallen stehen möge, ob sie von dem Ort, an welchem sie im Anfang sich verheyrathet gehabt, hinweg und anderst wohin folgen wolle: cujus quidem Beneplaciti ratio habenda non est; (utcunque multi hoc velint, ap. Gutierez *c.* 23. *de Matrim. n.* 16.) verum uxor maritum sequi tenetur, si causæ migrandi honestæ sint aut necessariæ, *juxta* Mevium Lib. I. *ad Jus Lubec. tit.* 5. *art.* 10. *n.* 63 *seqq. Antiquitus* etiam ipsa *matrimonia* adeo *libera*, vel licentiosa potius, *fuerant, ut ne quidem pacta, ne liceret divertere, valerent. l. 2. C. de inutil. stipul.* Hinc divortium *bona gratia*: hinc *amicabilis separatio*, vel communi consensu, vel unius etiam voluntate, ex legitimis, h. e. Lege receptis causis. *l.* 22. §. 7. *de sol. matr. l.* 8. *C. de repud.* Scip. Gentil. *Lib 3. de Donat. int. vir. & uxor.* Quinimo reperimus, ubi in unius partis Beneplacito, (& haud dubie cum ita reservatum fuerit,) divortium, non item in alterius arbitrio, constituitur: nam ita *in l.* 11. *ff de Divort. & repud.* habetur: *Divortii faciendi potestas Libertæ, quæ nupta est Patrono, ne esto: quamdiu Patronus ejus eam uxorem esse vult*: qua ratione *si aut Patronus esse aut velle desierit, quali quali voluntate*, etiam per consequentiam, & imo ubi *vel tenuis illectus nolentis nuptam, videri possit, finita erit Legis authoritas*, h. e. liberta divertendi potesta-

tem habebit. Sed eam licentiam sensim resectam, & ne mutuo quidem beneplacito matrimonia hodie dissolubilia esse constat; Carpzov. *part. 1. const. 12. def. 30.* Nec putem antiquis temporibus, & ne in *Concubinatu* quidem, (levi nempe & infirmo genere conjunctionis: Caspar. Schifordegher *ad* Anton. Fabr. *lib. 3. tract. 25. qu. 2.*) licuisse, ut Beneplacitum abinde abscedendi reservaretur. Sponsalium diversa omnino est ratio: nec tantum contrahentes Sponsalibus de futuro semet invicem liberare possunt; verum etiam impubes, si cum hoc inita fuerint, adveniente pubertate, (*c. de illis. X. de Despons. impub.*) si ratum esse nolit matrimonium, abinde potest recedere: haud quicquam obstante pœna, quæ adjecta fuerit. *per c. 1. X. de sponsal. c. 29. §. cum itaque. eod. & l. ult. inf. C. de sponsalib.*

§. II.

Nullibi tamen majori cum effectu Beneplacitum se exserit, quam in rebus ad patrimonium nostrum pertinentibus; tantum quod id ipsum in ea dispositione, quæ per *Universitatem* suscipitur, eo quod hæc publici Juris sit, aliquantum arctius Legibus constringatur. Et quidem cum potissimum ad causam Beneficii aut Liberalitatis ea referantur, ad quæ Beneplacitum Reservativum in hoc cererum nostrarum conspectu se porrigit: (nam Beneplacitum Conventionale huc quidem per se non pertinet:) Hinc 1. ex Donationum Jure, quæ notatu digna sint, experiamur. Equidem *in l. 9. C. de notat.* rescribitur, *ut si quis Legem rebus suis donando dixerit, impleri eam judex providere debeat*: idque sæpius donantes facere solent, ut in Beneplacito & arbitrio suo, ne memoriæ videlicet donatariorum propediem excidant, donationis retractationem reservent: quod deinde Reservatum perdurabit, usque dum superstes Donator fuerit; adeo ut donatio ejusmodi: Mit Vorbehalt, seiner Beliebung und Gefallen nach, die Schenckung zu wiederruffen, pro mortis causa donatione habeant, D. Carpz. *Lib. V. Resp. 5.* & D. Lauterbach. *de mort. caus. donat. thesi 31.* quanquam illud tunc demum approbaverim, si qualitatem ejusmodi reliquæ etiam circumstantiæ admittant. Alias enim potius inter vivos Donatio cum beneplacito reputabitur, quæ protinus firma fit; sed revocabilis, & per mortem donantis, quoad hunc quidem, firma ex-

existat, sed non quoad heredem ejus: *c. si gratiose. 5. d. Rescript. in 6.* saltem quod facile & sine causa retractari illa non debeat. Cravetta. *consil.* 732. *n.* 12. Quod si vero Donator rem, *quoad volet*, donaverit, ita morte ejus donatio resolvetur: *per l.* 4. *ff. Locati*: de quo inferius. Sed & in *Tertii* Beneplacitum donatio conferri potest, puta: *Decem Tibi dono, si Titio placuerit*, ita censet Em. Costa *in Lib. I. Select. interp.* 21. Fr. Sarmientus *interp.* 6. *n.* 238. Hug. Donell. *ad l.* 9. *ff. d. V.O. &* ὁ τῆς Νομικῆς ἄωτος, Jacobus Cujacius *Lib.* 2. *Obs.* 2. Quid vero si donator Beneplacito suo reservet *facultatem disponendi de quantitate reservata*, sed postmodum in Crimen incidat, quo bona Fisco committerentur, anne Fiscus beneplacitum illud sibi vindicare poterit? vid. Mastrill. *Decis.* 277. (2.) Emphyteusis ad beneficii genus suo modo referri potest: in cujus concessione Dominus quandoque Beneplacito suo reservat, ut si Emphyteuta contra Legem conventam deliquerit, eundem Dominus expellere propria authoritate valeat: Et tunc non tantum alium quendam ante expulsionem Dominus investire, eique jus expellendi cedere potest; Socin. *vol.* 2. *conf.* 167. *n.* 23. *seq.* verum etiam si Emphyteuta possessionem rei in tertium transtulisset, adhuc eam propria authoritate Dominus recte ingreditur, Bald. 3. *conf.* 117. *n.* 3. modo eidem non resistatur: cum nec Emphyteutam ejicere possit, si hic, nudis licet verbis, (utputa negans se cecidisse,) restiterit, (Socin. *d. l. n.* 14. *seqq. &* Guid. Pap. *Dec.* 107.) vel etiam causam possessionis sibi mutaverit, nomine suo sibi possessionem asserens. Socin. *eod. l. n.* 17. Idem fere in Feudo dicemus. Nam uti Feudum apertum Dominus propria authoritate occupare, aliumque immittere potest; (Mevius *IX. Dec.* 46.) nemine videlicet resistente: Ita multo magis id eidem licebit, cum ad Beneplacitum suum in ipsa concessione illud expresse retulerit: Et tamen ne hoc quidem reservatum impedire putem, quo minus filiabus v. c. quas Dominus ex aperto feudo ejicere nititur, contra eum Mandata cum clausula & imo etiam sine Clausula decernantur. conf. Henr. Rosenthal. *c.* 10. *d. Feud. Concl.* 41. *n.* 45. *seqq. n.* 70. *seqq. & c.* 7. *concl.* 60. *n.* 15. & Caspar. Klock. *in Deduct.* des Gräflich-Stollbergischen Erbrechts, ratione der Graffschafft Königstein. *Vol.* 3. *conf.* 182. *n.* 635. *seqq. ibi, occupare non licere Feudum,*

dum, etiamsi jure illud sit commissum. * Quod vero in Emphyteusi ac Feudo diximus, similiter etiam in cæteris, quæ iisdem affinia sunt, juribus, observandum est: Ita *in Constit. Solmensi*, dem Solmischen Landrecht, *Tit.7.§.12.* legimus: daß der Lehnherr Macht habe, (quod beneplacitum non minus in denen Lehnbrieffen expresse sibi reservare solent,) eines jeden Jahrs, die verliehene Güter, seiner Gelegenheit nach, dem Landsiedel aufzukünden und wiederum zu sich zu nehmen. Ex receptionem quidem ex modo dictis illustrare poteris. *Resignatio autem* illa licentiosa nimis videri posset: cum longius à beneficii causa Jus istud colonarium recedat. Videlicet bona fide eam & sine fraude fieri oportet, puta si pensiones non præstet colonus, si in re male versetur, &c. Hinc ejusmodi causæ colono tempestive & solenniter aperiendæ sunt, ut is de alia statione sibi prospicere queat, nec Dominus tam libidine quam ratione usus esse videatur, conf. D. Jo. Ott. Taborem *de Jure Colon. th. 62. seq.* De *Landemio* unicum monebimus, si Dominus illud varie & pro Beneplacito exegerit, non debere illud in ejus præjudicium verti, eive damno cedere, quod pluries minori summa contentus fuerit. Potius completo tempore legitimo Laudemium ad certam, eamque non Legalem tantum, sed vel eam quantitatem

* *Ipse tamen alibi, vel potius Merckelbachius inter Consilia Klockii, Vol. 2. cons. 10. n. 119. seqq. contrarium moribus fere, quanquam per abusum, servari tradit, adducto præjudicio d. an. 1582. ubi cum Vasallus à Domino vi armata expulsus, in Cam.* auf den Landfrieden und die Poen *L. si quis in tantum. C. unde vi.* geklagt, *tamen reus, (Princeps Abbas Campidonens.)* von angestellter Klag, so viel die Straff des Landfriedens und gemeiner Rechten, auch begehrter *Restitution* des Schlosses Falcken und anderer zugehörender Lehngüter belangt, *absolvirt* und erlediget; aber zur *Restitution* etlich weniger *specificirten* eigenthümlichen Güter *condemnirt*, und die Gerichtskosten allenthalben verglichen worden. *Sed huic præjudicio, ob circumstantias, quæ subesse potuerunt, vix fidendum esse, monet Merckelbach. in consil. 11. ubi etiam subjungit, quod per consuetudinem facilius tale quid introduci possit in eo casu, ubi feudum apertum esse plane constet, & extra dubium sit.*

Digitized by

tatem redigere potest Dominus, quæ plerumque præstita est: v. c. si 10. 12. 15. acceperit de centum: (*l. 1. C. quæ sit longa consuet. l. 3. C. d. ædif. privat.*) non attento, si una vel altera vice minus solutum fuerit: nam actus singularis unus vel alter, diversus item, nec admissus, ut consuetum immutaret, sondern aus Gefallen, auf Vorbitte, in Ansehung Armuths, præscriptionem consuetudinis interrumpere non valet: eoque Felini tradita faciunt *ad c. 8 extra. de Constit. n. 31. seq.* Succedunt 3.) *Servitutes*, tam personales quam reales. Sic enim *Habitatio* ad Beneplacitum concedentis datur, *in l. 32. ff. de Donat.* ibi: *idque te ex voluntate mea facere:* ubi quod subjicitur: *quamdiu volueris:* non tam jus ipsum habitationis, quam factum concernit, ut possit, si velit & quamdiu velit, habitatione uti: quæ tamen habitatio ex beneplacito concedentis eam, quandocunque & ad placitum suum revocaturi, pendeat: qua ratione non opus est, ut manum Textui inferamus & cum Antonio Fabro legamus: *voluerim.* * Equidem precaria habitationis concessio, (de qua in *l. 2. C. de precar. & salv. junct. l. 15. §. 1. 2. ff. eod.*) ad Beneplacitum non pertinet. De eo vero absque gravi ratione, *apud* Pomponium *in l. 8. §. 5. seqq.* dubitatum fuit: an ita posset agi: *licere vel non licere in suo ignem facere, sedere, lavare:* quoniam hæc talia constringi servitutibus, humanitati adversatur. *Reales* autem *servitutes* sub beneplacito non recte constituuntur, *l. 4. ff. de servit.* ut scil. in censum servitutum realium proprie pertineant. Nam harum ea est conditio, ut postquam semel constitutæ sint, perinde prædio, ut alia quælibet naturalis qualitas, cohæreant. Henr. Zœsius *ad Tit. Comm. prædior. n. 4. 5.* Hinc etiam precario constitui non possunt, ut videlicet rem ipsam servitus intime afficiat. Wisenb. *p. 1. disp. 20. th. 1.* Sed tantum improprie. *l. 12. pr. de Religios. l. 3. d. Precar. l. 2. §. ult. eod.* ibi: *videtur.* & ut magis illud ad personam, quam jus respiciat. vid. Bachov. *Vol. I. ad Treutl. disp. 17. th. 7. lit. a.* Interim ex reservato beneplaciti aliquando, si servitutem sub eo indultam competere amplius non volumus, exceptio datur. *d. l. 4.* Quin & servituti *modus*, eadem ad beneplacitum utendi, potest adjici: quippe quod hic perpetuæ illius causæ nil detrahat. *l. 14. §. f. l. 15. comm.*

---

* *Vid. Dissert. de Habitatione, ubi hanc in rem & quidem inter cætera ad l. 27. eod. plura diximus.*

comm. prædior. Quid vero si non sub expressione beneplaciti, sed *simpliciter* concedam, ut quid facias in loco, qui ad me pertinet, *an nihilominus tacite ad beneplacitum meum concessisse videor?* an ut tibi *servitutem* in meo constituam? Distinctione opus est: Aut enim quod tibi concedo, *natura sui non est perpetuum*, v. c. arenam, calcem, lapides congerere: & sic regulariter ad removendum te compellere possum, quando mihi placuerit; *arg. l. 1. de precar. l. Tutori. C. de Neg. gest. & arg. l. 25. pr. de probat.* præterquam si vel ob causam à me concessum sit, v. g. quia in tuo recipere non potes; donec domum ædificaveris; *arg. l. 17. §. 3. ff. Commod.* vel ego sine causa, & ex mera lubidine, cum damno tuo, removere volem. *d. §. l. 17.* Aut quod concedo tibi *natura sui perpetuum est*, ut parietem facere in meo, vel tignum immittere: qua ratione donandi & servitutem constituendi animus præsumitur: ne alias factis inaniter sumtibus in damnum immerito conjiciaris. Add. Bartholom. Cœpollam *de servit. Urban. Præd. cap. 79.*

§. III.

Ad *officia & persecutiones extraordinarias* referimus præstationes *Dotis* & *Salarii*: Quas sæpius beneplacito & arbitrio nostro asserere & reservare solemus. Proinde si *dotem* pater pro suo arbitrio solvendam promiserit, nach seinem Gefallen, er wolle sich recht halten, legitimam & justam dotem, pro ratione facultatum suarum, & pro qualitate viri, promisisse censetur: ita ut arbitrio illi bona fides insit. *l. 69. §. 4. d. J. dot.* Wehner. *O. pract. voc.* auf Wohlgefallen. *pag. 32.* Nec minus si à *Tertio* dos illa, quam postea arbitratus fuerit, wie er es befinden würde, promittatur, ad boni viri arbitrium recurri potest. *per l. 3. C. d. dot. promiss.* Sed in mariti arbitrium si quantitas dotis remittatur, promittentem non adstringi, sunt qui putant: quoniam collata sit in arbitrium unius contrahentium: à quibus tamen recte discedit Petrus Barbosa *ad l. 51. sol. matrim. n. 2. seq.* Simpliciter autem promissa dote, detracta videlicet arbitrii mentione, discernendum est: an eam *Tertius* promiserit, an *pater* nomine mulieris. *Tertii* promissio ob incertitudinem nulla est; idemque ob paritatem rationis est in muliere: *d. l. 1. & l. 69 §. 4.* frustra dissentiente Card. Mantica, *lib. 12. tit. 12. n. 10. d. T. A. C.* qui mulierem quoque necessitati declarandi adstringit:

stringit: *cum enim indotata nubere possit mulier, nec Legibus sit præfinitus modus nomine dotis, ad quem illa citra conventionem teneatur: vilissimam rem dando liberaretur.* Sunt verba Fr. Duareni *lib. 1. Disput. anniverſ. c. 56.* Sed in *Patre* secus est: *l. 70. de J. dot.* Bach. *ad Treutl.* 2. 4. 7. *d.* Siquidem ad officium ejus pertinet, dotare filiam: *l. 19. d. R. N l. 6. d. collat. l. 7. C. d. dot. promiſſ. junct. l. 71. §. 3. d. condit. & dem. Eleganter* Joachim. Hopper. *lib.* 10. *tit.* 2. *de vera Jurispr.* & Fr. de Amaya. *lib.* 2. *Obſ. c.* 4. quocirca promissio ejus ex Legibus certitudinem accipit. Afflict. *dec.* 337. *n.* 6. Quid vero si in *Tertii* alicujus, veluti Caji *arbitrium* dotis quantitas à promittente collata fuerit, nach dessen Gutdüncken: Tertius vero ille non arbitretur? Ita recurri posset ad arbitrium boni viri, *l. 69. §. 4. de* J. *dot. l. 60. eod. l. 3. C. de dot. promiſſ.* ne mulier indotata maneat; Castrens. 1. *conſ.* 11. *& conſ.* 23. aut si stari non velit arbitrio, ad Judicem proceditur. Afflict. *dec.* 371. (Aliter omnia, ac in Emt. Vend. & similibus, *l. f. C. de Contrab. emt.* Abb. *Conſ.* 80.) Sed in dotis tamen *augmento* non idem juris est. Nam si quis dotis nomine promiserit mille, & quod amplius arbitratus fuerit Titius: hoc non arbitrante, non recurritur ad alterius viri boni arbitrium, & augmentum adeo illo casu non debebitur: Socin. Junior *in l.* 115. *n.* 94. *de V. Obl. & Conſ.* 35. *n.* 18. neque enim cessante augmento mulier indotata manet: Castrens. *d. conſ.* 11. *n.* 3. frustra *diſſ.* Menochio *vol.* 1. *conſ.* 93. *n.* 44. Interim, nihilominus supplementum congruæ dotis adhuc peti posse, nil impedit. Mantica *d. lib.* 12. *tit.* 26. *n.* 9. *Salarium*, (quod in honestioribus & nobiliorem operam navantibus, vel etiam his, qui operam suam beneficii loco præbent, *Honorarium* dicimus, *) si quis arbitrio suo totum reservaverit, nil

* *Quanquam Mercedis quoque nomen nec Latini nec Græci Veteres abhorruerint, in iis, quæ postea stipendia, honoraria* συντάξεις *maluerunt dicere. Utcunque enim res ipsa pretio nummario æstimari nequeat; labor tamen cuique suus fructuosus esse debet: unde aucto labore augetur Salarium. l. ult. C. de princ. agent. in reb. ut exhinc recte ad utramque justitiam distrib. & commut. salarii retributionem Jacob. Gothofr. in c. 1. §. 11. de salar. retulerit. Spectat huc illud Senecæ, pro Medicis præcipue dictum, VI. d. benef. c. 15. p. 143. Mercedem non*

nil debetur. *l.* 56. §. 3. *Mand.* (ibi: *neque extra ordinem recte peti.*) *junct. l.* 17. *C. eod.* nisi facta, ab aliquo præstita, favorem publicum concernant, ut docere literas, advocatione fungi. *l.* 1. §. 10. *ff. de extraord. cogn.* Jacob. Cujac. *ad Papinian. l.* 7. *ff. Mand.* (*ubi in Procuratore olim diversum statuit. per l.* 15. *C. de Procurat.*) Idem est, wenn jemand seine Dienste, ohne Benahmsung eines Salarii, auf eine freywillige Recompens und ledige Discretion anbietet. vid. D. Tabor *Relat. Argentorat.* 48. & distincte, quem ibidem citat, *Ilicon.* Ummium *in Cor. ad Disp.* 3. *Proc. Jud. de Procurat.*

§. IV.

Per *Universitatem* res nostras *Hereditate* potissimum transferimus: Ubi non minus Beneplacita frequentari solent, sive constitutionem, sive immutationem Dispositionum, respicias. Quapropter siquis Beneplacito suo 1.) *Dispositionem* de rebus aliquibus reservaverit: quod non tantum in *Testamentis*, sed & *Donatione omnium bonorum*, (quæ quidem per se non nisi singularem translationem efficit,) itemque in *Pactis Familiæ* contingere solet: adeo ut Thomas Merckelbach. *in volum.* 3. *consil.* Klock. 102. *n.* 137. in his ipsis illud necessarium, (quamvis male) asserat: ne libertas scil. testandi paciscentibus auferatur: Tunc quidem in illis & similibus casibus, facta de Dispositione in genere mentione, tam dispositio inter vivos, quam mortis causa, intelligi potest; Surdus *Dec.* 272. *n.* 13. *Diss.* Menoch. 3. *cons.* 110. neque de eo dubitandum est, quando res, de qua reservatum concipitur, in reservantis Dominio, vel dispositione, jam tum posita sit: Cæterum si vel maxime testamentariam dispositionem de mille ducatis, in pacto v. c. aut translatione magnæ partis bonorum suorum inter vivos, sibi quis reservasset, nihilominus autem absque testamento decessisset, reservatum illud vim dispositionis, (non tam dispositivæ, ut appellant, quam permissivæ) intuitu & commodo succedentium ab in-

---

non meriti, sed occupationis suæ, ferunt. Sane Philosophis salarium petentibus jus non dicebatur. l. 1. §. 4. *de extraord. cognit. Etenim vere Philosophantes pecuniam contemnunt, juxta effatum Papiniani in l.* 8. §. *pen. de vac. mun. vid. Plutarch. Lib.* περὶ ... *& al. ap. Taborem P.* 3. *S.* 2. *c.* 2. *art.* 2. *p.* 108. *de metat.*

Digitized by

inteſtato, habere putandum eſt; *per l 8. pr. de Jur. Codicill. l. 25. C. de Jur. Dot. l. 34. pr. de uſ. & Uſufr. l. 4. C. de Contrah. & Committ. ſtipulat.* Natta *Conſil. 216. n. 10.* & Mantica *de Conj. ult. vol lib. 7. tit. 7. n. 14.* Nam Ordinationis teſtamenti cogitatio, non conditionem, ſed cauſam continet, nempe impulſivam, (non finalem,) qua ceſſante, non ceſſat effectus, *d. l. 25. C. de J. Dot.* Sed generalem eſſe & indefinitam oportet expreſſionem illam, vel ſaltem pro libito voluntatis: de qua Socinus *vol. 3. conſ. 123. n. 1.* præcipue verum eſſe, ait, quod ad impropriam quoque & permiſſivam diſpoſitionem trahatur. Etenim ſi illa diſerte *alicujus contemplatione* fiat, dieſem oder jenem zu gut, ita vim quidem Diſpoſitionis, ſed tamen in rem ſolum illius, habitura foret. *L. 60. §. 1. inf. ff. Mandat. d. l. 4 C. d. Contr. & Comm. ſtipul.* Carolus de Mean. *in Obſ. 456. ad Jus Leodienſ.* 2.) *Immutandi* facultatem pariter ſibi reſervant diſponentes, ſolchen ihren letzten Willen zu ändern, zu verbeſſern, zu mindern oder zu mehren, nach Wohlgefallen. Quod Beneplacitum quam ob cauſam reſervetur, dubitari poteſt? Num enim non ſemper ultimam voluntatem ipſo jure, & natura voluntatis ultimæ largiente, mutare licet? *l. 19. C. de Teſtam. c. ultima voluntas. 32. qu. 2.* Num etiam non fruſtra timetur? quod poſthac facultas teſtandi per præſentem diſpoſitionem ſublata ſit: cum ne quidem expreſſe quis facultatem teſtandi ſibi auferre queat. vid. Bachov. *vol. 2. ad Treutl. Diſp. 19. th. 5. lit. c.* An vero ſuperflua non nocent? *l. 47. d. Condit. & Demonſtr. l. 56. Mand.* Et *Notariorum* * forte ſolicitudini quid condonandum eſt? Enimvero *Reſervatum* ejusmodi (1.) omnibus iis, quæ ſequuntur, regulativo deſervit: ut videlicet ad diſpoſitionem principalem referantur, & ex ea potiſſimum interpretationem capiant. Deinde (2.) ſi quid in ea Diſpoſitione per modum

* *Quos nonnunquam ſenſu ſuo abundantes, & in ſupervacaneis operoſos, picæ & pſittaco comparat Ventur. d. Valent. in Parthen. Litigioſ. L. 1. c. 9. n. 36. adeo ut Clauſulas in fine Inſtrumenti poſitas, item acceſſorias, executionem negotii reſpicientes, Nonnulli ex ſtylo potius Notariorum, quam voluntate Partium adjectas cenſeant: quibus tamen non immerito contradicit Nicolaus Noalis caſ. 44. de Tranſmiſſ. n. 11. & ſeqq. & Knipſchildus cap. 16. de Fideic. Fam. n. 56.*

contractus constitutum sit, ut sunt pignora, concessiones, de eo tanto securius cavetur, ne videantur immutabilis esse necessitatis. 3.) Confirmat illa Clausula Codicillos, qui postmodum sequentur. 4.) Operatur, ut sortiri non possit vim Contractus Dispositio, utcunque formam Pacti aut Contractus habeat. 5.) Si super Codicillis vel alia Dispositione subsequente, dubium quoddam oriretur, num per illam à priori voluntate defunctus recessisse censeatur; pro immutatione potius sit præsumptio: contra Regulam à Parisio traditam: *Vol. 2. Conf. 61. in f.* Sane in Testamento Conjugum *mutuo* seu simultaneo, (sic enim rectius, quam *reciprocum*, dici vult Jo. Oldendorpius *IV. Conf. Marp.* 1.) nonnunquam necessaria est insertio *Beneplaciti de retractando.* Equidem superstes, etiamsi regulariter Testamentum hoc, quod ratione defuncti per mortem ejus jam firmatum est, à parte sua adhuc revocare possit: *non obstante*, quod quilibet pro media parte, & quidem pro indiviso, ex consensu mutuo, disposuisse videatur. *arg. l. 8. §. Venditionis. ff. quib. mod. pign. solv.* Cum potius quilibet in solidum de re sua disposuerit: Carol. de Mean. *Obs.* 404. *ad J. Leod. num.* 7. *Non etiam attento*, si vel maxime Testamenta correspectiva dicantur, & propterea si superstes revocet, etiam demortui Testamentum simul revocari putetur: ut vult Anton. Faber. *in lib. 6. Cod. tit. 5. def. 18. in dec. 52. err. pr. 6. &* 4. Nam communis sententia est in contrarium, (ap. Mynsing. 1. *O.* 8. & Gail. 2. *O.* 117. *ubi* Græven.) * quod scil. Testamentum superstitis, quippe natura sua revocabile, & ab alterius Testamento per se non pendens, firmato per mortem conjugis, hujus Testamento, non idcirco fiat irrevocabile: & vicissim superstite suum revocante, non possit fieri revocabile Testamentum prædefuncti Conjugis, quod semel ejus morte firmatum est: quin potius hoc in firmitate sua manente, adhuc possit Testamentum, quod superstes fecerit, retractari: Petr. Peckius *lib. 1. de Testam. conj. c.* 44. & Dav. Mevius *IX. dec.* 148. *conf. l. 78. §. 7. ff. ad Trebell.* cum quidem defunctus scire debuerit, Testamentum superstitis semper revocari potuisse. Jo. del Castillo *Tr. quotid. Jur. Controv. c.* 18. *n.* 26. *seqq.* Et cur non viam modum-

* *Respiciamus omnino Tribunal Cameræ, ut aliquid certi sit in Imperio: hortatur Klockius Relat. Camer.* 102. *n.* 62.

modumque elegit, qua melius ipsi caveretur? videlicet, ut mutuo consensum sibi præberent de re alterius testandi. P. Peck. *d. L. 1. c. 43. n. 13. seqq.* Nonne etiam superstes eodem modo prior mori potuerat? Petr. Wesenb. *cons. 7. n. 11. seqq.* Ut adeo recte concludant JCti Altorffini *in Resp. 58. p. 345.* quod superstes conjux Testamentum ejusmodi à parte sua revocare possit: eique sententiæ, tanquam communi, non immerito applaudant Tübingenses ap. Besold. *vol. 2. Cons. 141. n. 20.* Quod si tamen ea conditione expressa condita sint, ut uno retractato etiam alterum corruere debeat, (quæ demum proprie correspectiva appellare possemus) uti conditionem utique sequimur. P. Peck. *cit. cap. 44. n. 6. & Castillo d. l. n 20. & 67.* Sed non idem dicendum est, si vel simpliciter adjecta sit Clausula de non revocando; G. Franzk. 2. *resol.* 12. vel si convenerit, daß keinem Theil frey stehen solte, ohne des andern Vorbewust etwas zu ändern. Nam adhuc alter invito altero retractare potest. Finckelth. *Obs. 90. n. 32.* Et Argentoratenses *vol. 1. cons. 77.* non obstantibus his verbis: Die Eheleute haben sich eines letzten Willens verglichen: tamen Dispositionem etiam post mortem mariti à vidua recte revocatam esse respondent: Id quod quidem non procederet, si quando dubitari non posset, quod Conjuges communi voluntate Patrimonia sua confudissent. Alicubi etiam *Statuto* aliter dispositum est, ut nempe in præjudicium & damnum ignorantis & inviti Conjugis, aut sine causa, alter non possit, (etiam eo casu, quo uterque superstes est,) mutuum Testamentum, revocare, ut Jure Provinc. Würtenb. *P. 3. Tit. 7. §.* Als uns auch, ubi causæ exprimuntur, harte unverantwortliche Tractation, stetiger Unfried und Widerwill, Zwang und Nöthigung zu vorhergegangenem Testiren, auch alle so zur Enterbung genugsam: die beneben ausdrücklich zu vermelden; conf. Wibel. *d. Contradict. Mulier. c. 4.* Dixi, quod cautum esse possit primum decedenti, ne superstes ex parte sua revocet, *si mutuo sibi consensum* de rebus suis testanti *præbuerint.* Idem est à parte *solius Mariti*, quando Uxor ei testanti de ipsius & Uxoris bonis consentit, & consensum suum subscriptione testatur: Sic enim uxorem per modum contractus obligari; Sed Maritum manus liberas habere, statuunt: quæ traditio usuali, quamvis minus rectæ, interpretationi *cit. Legis 8. §. 11. ff. quib. mod. pign. solv.* debetur. Anton. Fabr. *Tom. 1. Err. Pragm. Dec. 52.*

arr. 4. 7. & 8. Cumprimis autem Marito liberum mutandi arbitrium concessum videtur, si in ipso Testamento *expresse* sibi *reservaverit*, dasselbe nach seinem Gefallen zu ändern, zu vermehren oder zu mindern, oder wohl gar ein anders aufzurichten. Utcunque enim *nonnulli* hanc doctrinam in eo tantum casu obtinere velint, quando Uxor in re quadam sua *particulari*, vel quibusdam solum bonis Marito testanti consenserit; *arg. d. l.* 8. ibi: *Legari.* Tamen alii hanc restrictionem non admittunt; (licet P. Peckius *d. c.* 43. *n.* 3. *seqq.* illam probare videatur, ea videlicet ratione ductus, ne uxor, per largissimam hanc de universitate sua testandi concessionem, sibi omnem testandi facultatem eripiat: quod ipsum non minus *cum* Peckio & *aliis* recipit Carolus de Mean. *Observat. ad Jus Leodinense* 694. *num.* 10.) Quid vero si deinde Maritus Testamentum aliud condiderit: an ita Consensus mulieris, quem priori Testamento præbuit, exspirat? an vero adhuc *ob Beneplacitum*, quod sibi maritus in priori reservaverat, dasselbe zu ändern, *idem uxoris consensus ad Testamentum posterius* porrigetur? Pendet causa in *supremo* quodam *Principali Judicio*, sed variis circumstantiis intricata: quam nunc non decidimus. Illud solum addentes, quod *apud* Carpzov. *in lib.* 6. *resp.* 8. a Scabinis Lipsiensibus responsum est, si conjuges in talibus dotalibus reciproce pacti fuerint, wann ein Ehgatte dem andern über das Verglichene etwas Testaments-weise vermachen wolte, solches ihme frey stehen, und ohne Hinderung der Erben gehalten werden solte: Uxorem marito suo totam quoque hereditatem, quicquid frater Testatricis contradixerit, relinquere posse. Videlicet non tantum vox: etwas, indefinita est; verum etiam pacta dotalia in forma ultimæ voluntatis conventa retractari possunt, & præprimis nemini alii, indeque nec fratri, ex ejusmodi Pactis, jus agendi ullum competere poterat.

§. V.

Ad *Forensia* nunc progrediemur, nec hoc loco de eo Beneplacito disquiremus, quod non tantum circa *Legata*, sed vel ipsam quoque *Heredum institutionem*, Testatores in arbitrio aliorum collocare solent: Nam Articulus ille ad speciem Beneplaciti, quod ad alium refertur, magis pertinet: & licet Pontifex *in c.* 5. *X. de condit. appos.*

Reser-

Reservati nomen ei non minus tribuat, in verbis: *consensus, qui in alieno arbitrio reservatur*: tamen ab alio, utut ex concessione, Beneplacitum hoc exserendum est. Alias cumprimis evolutio *Epistolæ* Innoc. III. *in cap.* 13. *X. de Testamentis* instituenda fuisset, quod quidem *cap.* frustra cum *Jure* nostro *civili in l.* 32. *& l.* 68. *de hered. instit. & sim.* committunt: Jo. Jac. Wisenbach. *P.* 1. *Disp. ad Pand.* 54. *n.* 4. *cum Præceptore suo* Anton. Matthæi *Disp. I. d. success. n.* 21. *& plures alii.* cum tantum nuda sit in eo *Textu* morientis declaratio, cui nempe rerum suarum dispositionem mandaverit, ac proinde non intestatus dicatur decessisse videri; saltem ad hoc, ut Episcopo Jus disponendi competat. *v. partem dictæ Epistolæ Innoc. in c.* 18. *x. de V. signif.* Tum & quoad Legata apparens illa dissensio, (quam tamen insolubilem ait Sarmientus *Lib.* 2. *sel. interp. c.* 6. *n.* 29.) inter JCtos Modestinum *in l.* 52. *d. condit. & demonstr. &* Ulpianum *in l.* 46. §. 2. *d. Fideic. Lib. junct. l.* 1. §. *L. d. Leg.* 2. lustrari, & qua ratione verba: *si voluerit.* in *d.* §. 2. per modum facti & eventus: *Ubi s. quandoc. voluerit*, adeoque παραστατικῶς sub conditione voluntatis aut arbitrii, accipienda sint, ostendi potuisset. Proinde quod Forensia attinet, & quousque in illis Beneplacitum attendi debeat, tam ad *Judicium constituendum*, quam *peragendum*, species Beneplaciti referri possunt. Ad *constituendum*, *Delegatio Jurisdictionis*, ad Delegantis *Beneplacitum*. Quod quidem Beneplacitum, & una Jurisdictio, per mortem Delegantis exspirat. Didac. Covarruvias *lib.* 3. *resol. c.* 15. *n.* 4. Id quod procedit, etiamsi Delegatio facta fuerit per verba *positionem novæ voluntatis* denotantia; v. c. *donec revocavero.* Nam & sic per mortem delegantis, Jurisdictio delegata tollitur; modo res adhuc sit integra: *per c. si Deleg.* 7. *d. off. deleg. in* 6. idque ex natura delegationis, ad quam dicta verba aptantur. *l.* 6. *ff. Jurisd. d. Jurisd. c. gratum. c. licet. de Offic. deleg.* Mascard. *vol. I. de Probat. Concl.* 188. *n.* 21. *&* Carpzov. *P.* 1. *const.* 27. *def.* 11. ubi Jurisdictionem, quæ ad beneplacitum concedentis revocabilis est, per *superventientiam* quoque concedentis cessare docet: quanquam ibidem vocem *Beneplaciti* in latiore sensu accipiat: cum non præcise omnis delegata Jurisdictio ad beneplacitum tribuatur. Cæterum si *Judex* vel *Magistratus* alias quoque Beneplacito suo quid reservaverit: Tunc quidem illud beneplacitum neque cum officio, neque etiam per mortem ejus, expirat: siquidem in dubio, ut persona publica,

reservasse censetur; illa vero non moritur. Jur. Clar. §. *f. Prax. Crim. qu.* 71. *in fin.* Decius, *conf.* 108. Ad *peragendas actiones*, seu judicium, spectant, tum *intentio Actoris* & *Probatio*, tum *Sententia*. *Et Intentionem* quidem Actores plerumque hac Beneplaciti clausula munire solent. *Salvo jure addendi, minuendi, corrigendi Libellum*; die Klage zu mindern und zu mehren, nach Wohlgefallen. Interim non eo magis post Litis contestationem, aut in foro Sax. post præstitam guarandam, Carpzov. *part.* 1. *const.* 11. *def.* 1. *Libellum mutare* licet, maxime quia eo ipso ad Juris dispositionem se obligat actor; imo licet Brechterus *in Proc. Judic. Tit. de Libelli oblat.* censeat, consultius esse, ut clausula h. m. concipiatur: *Salvo arbitrio, Salvo Beneplacito*; tamen adhuc ad mutationis arbitrium illa non proficit; & præterea vox *juris*, in prædicta formula, simpliciter facultatem qualemcunque, vim saltem juris *ex reservato* sibi asserentem, denotat. Hinc quamvis nonnulli ex *Veteribus* existimaverint, si Pars altera ejusmodi Clausulæ nil objiciat, quod tunc eandem acceptasse videatur; tamen id ipsum rectius rejicitur: quoniam mutatio Libelli in partium potestate posita non est. Carpzov. *Proc. Jud. Tit.* 6. *art.* 2. §. 5. *n.* 29. *seqq.* Circa *Probationem* deinde non minus Beneplacito, nostro varia reservare solemus: eoque inter alia pertinet, wann der Kläger ihm die Wahl vorbehält, den Beweiß gantz, oder zum Theil, abzustehen, und dem Beklagten sein Gewissen, Wissenschafft und Wohlbewust zu rühren. vid. Reyger. *Thesaur. sub Clausulis. n.* 78. *seq. pag.* 551. Sed & *Sententia* quandoque uni vel alteri litigantium, eorumque Beneplacito, quid reservat: cujus exemplum occurrit in hocce *præjudicio Cam.* in c. Schultheissen, Bürgern und Gemeinde zu N. N. wider Herrn P. L. Pfaltzgr. bey R. Mandati pœnalis de non gravando contra rem jud. & restitutorii, C. C. 13. Dec. 1656. Jedoch gedachten Klägern, ob sie wollen / die geklagte Turbationes, in Wegführung des Zehends, Fischens, und Jagens, gehöriger Ort, wie sichs gebührt, auszuführen, hierdurch unbenommen, sondern vorbehalten. Ubi ad *Forum privilegiatum* Domini Rei respicitur: Quin & ad *singulare Forum Causæ* aliquando Partes ablegantur, *ut in c.* S. *contr.* S. Ubi cum Reus ad restit. condemnatus, alimenta & sumptus litis ad Petitorium, in Puncto Success. Feud. peteret: ad Forum Petitorii, coram Dominis Feudi, remissus est. Similiter ad *Forum Conventionale*

nale remittuntur, modo adhuc dum illud perduret: *ut in c. B. G. contra H. G. Executor, ex Compr.* Und wollen sie im übrigen einander Spruch und Forderung nicht erlassen, mögen sie solches, ob sie wollen, gehöriger Orten weiter ausführen. Sæpe tamen etiam sui ipsius Jurisdictionem Judex commemorat: an diesem Kayserl. Cammer-Gericht. An autem his & similibus sententiis, ille in cujus beneplacito facultas agendi constituta est, *adversus Actionem ex L. Diffamari*; qua ad agendum præcise vult adigi, defendere se queat? disquiritur. Negandum est, cum Beneplacitum istud ad effectum illum non pertineat; tantum quod non necessitas agendi præcise per sententiam eam injuncta credatur. Aliquando tamen v. gr. si causa alii causæ pendenti implicita sit, ut Pars cito procedat, ei imponitur: velut in sententia reformatoria, *in c. j. B. contra N. Appell. d. 9. Mart.* 1655. Jedoch ist vorernenntem Appellaten, wofern er den Appellanten Spruch und Forderung zu erlassen nicht gemeynet, dieselbe allhier, in Sachen B. contra S. de M. *Appell.* der Gebühr vorzubringen, und darüber forderlich zu verfahren unbenommen, sondern vorbehalten. Quid etiam si sententia in possessorio lata, a Superiore, contra actorem appellantem, reformetur; cum reservatoria actionum proprietatis, injuriarum, & damni dati, coram competente proponendarum: An *tempus actionum* proponendarum ab hoc reservato incipit; an vero suo sibi initio constat, a primordio cum nascerentur. Distincte respondendum est. Denique cum in causis ad § *de indaganda. in Instr. Pac.* qualificatis communiter hæc pronunciandi ratio servari soleat: In Sachen Mævii contra Cajum, Mandati de solv. vel dimitt. hypoth. S. CL. Sondern glaubliche Anzeig zu thun, daß dem verkündeten und reproducirten Mandato, mit würcklicher Bezahlung, seit dem jüngsten Reichs-Abschied verschienenen und noch unbezahlten Pensionen, ein völlig Genügen geschehen seye. So dann wolten die Partheyen wegen der vor besagtem Reichs-Schluß verschienenen Pensionen ein ander Spruch und Forderung nicht erlassen, mögen sie es an diesem Kayserl. Cammer-Gericht, ob sie wollen, besser ausführen. Ideo & hoc in casu, non expresso tempore, intra quod procedere debeant, non frustra quæritur: Quandonam *id fieri oporteat?* Videlicet statim procedere possunt, quamprimum volunt: & tunc si reus allegatam suam qualificationem probare nequit, etiam ad veteres integras pensiones, in conti-

continenti solvendas, condemnatur. Si vero eam probet, condemnatur tantum ad illarum quadrantem solvendam: *juxta tradita* Jacob. Blumii *Proceſſ. Cam. tit.* 34. §. 227. Verum hæc, quæ de *sententiis* diximus, ὡς ἐν παρόδῳ. Ad reservatum enim Beneplacitum stricte sic dictum non pertinent.

CAPUT III.

Quo ea, quæ ad circumſtantias Beneplaciti, & effectum ejus, ſpectant, exhibentur.

SUMMARIA.

1. *Circumſtantiæ circa qualitatem objecti, modi: & quantitatem tum continuam, quo tempus pertinet, quod vel ſuſpendit, vel reſolvit: tum diſcretam, quo numerus.*
2. *Effectus ſuſpenſivi.*
3. *Reſolutivi.*
4. *Conceſſio ad beneplacitum perpetua.*
5. *In principum conceſſionibus a ſucceſſoribus impetretur confirmatio.*

§. I.

Circumſtantiæ vel *qualitatem* vel *quantitatem* concernunt. 1) Qualitatem *Perſonæ* vel *Objecti*, ut quando quis ſibi reſervat *quemcunque* ei negotio deputandi, quod quidem de idoneis & habilibus accipiendum eſt; nec in univerſalem orationem reſolvitur. Rüdingerus *Cent. V. Obſ.* 57. Tum & *Modi*: *quomodolibet qualitercunque* procedendi: quæ dictio diſtributiva eſt modorum, comprehendens omnes & quoscunque modos, Carol. Ruin. 2. *Conſ.* 77. *n.* 7. tam reales, quam perſonales, & tam directos, nullum excipiendo: cum extenſione ad caſus, qui alias ex propria ſignificatione non venirent, etiam improprios. Jaſon, *vol.* 3. *conſ.* 63. & Canoniſtæ *ad c.* 43. § *ſi qua vero. d. elect. in* 6. & *in cl.* 2. *X. de ſent. excommun.* 2.) Quantitatem

tem, eamque tum *continuam*, quo *Tempus* pertinet, tum *discretam*, quo *numerus*. Tempus vel *suspendendi* vel *resolvendi* beneplaciti causa adjicitur: Suspendit: *cum & quando placuerit*. Ubi quidem notandum est, quod voces illæ: *cum & quando*, licet verbis futuri temporis junctæ sint, conditionem nihilominus importent! (vid. *l. 22. pr. quando dies Leg. & l.* 48. *d. V. O.*) Sed principaliter tamen ad tempus magis referuntur, atque conditionem ex quadam sequela potius, vel tacite, inducunt. *dd. Txx.* Multum vero interest, an figura conditionis expressa sit, an non. Anton. Faber. *de err. pragm. P. 2. Dec.* 26. *Err.* 18. add. Manticam *Lib. 4. de Tac. & amb. Conv. tit.* 31. *n.* 21. Amplius rem exprimit verbum *quandocunque*, wenn und zu welcher Zeit ich will: Wehner. *Obs. Pract. voc. VV. p.* 499. quod est comprehensivum omnium temporum; Petr. Anchoran *cons.* 268 *n.* 7. nisi vel Lex specialiter, vel natura actus, illud restringat: Paris. *cons* 97. *n.* 11. *&* Menoch. *cons.* 143. *n.* 9. *seqq.* quanquam etiam *Infinitas* ex aptitudine verbi & voluntate contrahentium admittatur. *l.* 55. *de fidejuss.* Jo. Harpr. *de Usucap. ad pr. Inst. n.* 167. Cancer. *resol. p.* 2. *c.* 16. *n.* 112. Tiraquell. *& per eum allegg. de retract. convent.* §. 1. *gl.* 2. *n.* 19. *Suspendit* quoque Beneplacitum, quamvis cum determinatione quadam, hæc formula: *cum mihi commodum erit*: *l.* 125. *de verb. sign. cum commodissimum erit.* i. e. *cumprimum sine turpitudine & infamia dari possit. l.* 79. §. 1. *de Jur. dot. cumprimum potuero*: de qua vid. *l.* 9. *ff. qui sine manum. ad lib. per. ven.* Idem est si conjungantur: *cum sine incommodo meo potero. per d. l.* 125. *de Verb. signif.* Nam *commodum* & *possibilitas* non differunt. vid. Joh. Gœdd. *ad eand. l.* 125. Resolvit Beneplacitum, (quin & aliquando suspendit,) particula *donec, usquequo, dum, quousque sim. l.* 101. *§. f. d. cond. & dem.* Mesa 2 *res.* 3. *n.* 11. Et sic intelligendus est Bartolus, quando *in V. consil.* 415. docet, quod terminum temporis vox illa importet, non conditionem. Alias omnino conditionem extinctivam facit, & quidem, si in ultima voluntate apposita fuerit, ipso jure. Dec. 3. *consil.* 108. *n* 19. Castrens. 2. *consil.* 185. *pr.* Congruit Surdi traditio 3. *cons.* 439. *n.* 9. *seq.* & Vincent. Hondedæi, 1. *consil.* 6 *n.* 36. quod principaliter tempus, secundario conditionem inducat. Hinc Legatum quoque sub vocula *donec* pure quidem capitur, sed eveniente casu, resolvitur; qua ratione idipsum, quod tempore præterito quis accepit, eveniente conditione restituere non tenetur. Si-

mon. de Prætis *lib. 5. d. interpr. ult. vol. Dub. 1. interpret. 2. n. 51. &* Parif. 2. *conf. 95. n. 47. seqq.* Est autem liberum reservanti quandocunque beneplacitum resolvi velit. Modest. Pistor. 2. *Vol. conf. 47. n. 41.* Cæterum si dictum fuerit, *donec placebit, ad arbitrium meum*, perseverantia voluntatis denotatur, sed si *donec revocavero*, posito novæ voluntatis requiritur. Dixi tamen, quod etiam suspendat vocula *Donec*, si nim. ita conceptum fuerit beneplacitum: *Habebis, donec augere mihi reditus placuerit. Desistes, donec mihi aliter placuerit* Et hæc ergo exclusio non est perpetua. Knichen. *part. 1. de investit. pact. c. 2. n. 100. seqq.* Gylmann. *Tom. 2. Symphor. part. 1. fol. 137. n. 5.* & G. Everh. Jun. *consil. 25. num. 52.* Sequitur ratio numeri, ubi aliquando reservamus beneplacito nostro, ut possimus *toties quoties* velimus rem aliter disponere. Utcunque autem verba illa sæpius de primo tantum actu intelligantur. *l. 89. bover. d. V. S.* Carpzov. 1. *resp. 46. n 10. 16.* ubi de muniendo agrum quolibet anno, so offt und viel. Tamen in Beneplacito reservativo, ex natura & intentione ejusdem secus est. *v. l. 3. pr. quib. mod. us. vel ususfr. am.* Besoldus *inter consil. Tubing. P. V. consil. 251.* qui non minus in eadem *Part. consil. 239.* hanc formulam, was Brennholtz er begehren würde, ihme abfolgen zu lassen, per idem exponit ac, wie viel, & eandem ad æquitatem reducit.

§. 11.

Et nunc de *Effectibus* Beneplaciti, præter ea, quæ de iisdem sparsim alibi, & in specie quidem in *Casibus supra recensitis* exposita sunt, nonnulla subjungamus. Est autem Beneplaciti Conditio vel *suspensiva* vel *resolutiva*. Ad *suspensivas* illa spectat, qua *declaratio voluntatis* Beneplacito reservatur; Ubi notandum est, quod 1.) Declaratio illa, si quandoque subsequatur, *expressa* esse debeat: *l. 46. §. 2. de V. O.* Siquidem tacita voluntas proprie voluntas non est. *l. 2. §. 2. ff. de sol. matr.* Alex. *vol. 5. Conf. 114. n. 7. seq.* 2.) Quod debeat fieri *bona fide*. Sic exempli causa reservo mihi arbitrium *solvendi, quando mihi placuerit, bis mille*: postmodum declaro, me illa solvi velle, post mortem meam, singulis annis 50. De qua dispositione *an valeat*? disquiritur. Respondet Andreolus *Controv. 321.* quoniam adhuc in vita se de-

declaraverit, non esse nullam declarationem: Surdum quoque citans *in conf.* 524. *n.* 14. Sed si tamen dolo, & per malitiam declarasset, velut debitum in infinitas portiones distribuendo: ita cum negotium infructuosum redderetur, & præterea malitiæ non indulgendum sit, declarationem illam non attendi debere. Osasch. *Decis. III.* An autem adeo necessarium est, ut *in vita* quis se declaret? Equidem multi hoc asserunt, neque in heredem declarandi illam facultatem transire volunt: quoniam illa in mero facto personæ consistat, & secretum voluntatis nemini alii Mortalium, præter defunctum, patere queat: ita Hippol. Riminald. *Conf.* 591. in casu, quo quis rem quampiam emerat, pro persona ex Beneplacito nominanda; sed nulla facta declaratione decesserat. Pro qua sententia citari posset. *l.* 83. §. 1. *de verb. obl.* Non obstante *l.* 32. §. 1. *de Leg.* 1. Eo quod ibidem heres non declaret mentem Testatoris, sed tantum unum ex Stichis præstet; & qualemcunque præstet, Legatarius non possit nisi lucrum sentire. Facit etiam eo distinctio illa inter substantiam dispositionis & executionem ejus declarandam, *juxta l. fin. ff. qui sine manum.* Idem docet Tiraquell *in Repet. l. si unquam. Verb. revertatur. num.* 302. *C. de revoc. Donat.* Adeo ut ne quidem declarationem illam in *filium* transire velint; non etiam in *successorem in Dignitate*: Felin. *in c. cum venissent. num.* 2. *x. de judic.* conf. Menoch. 1. *A. J. Q.* 68. nisi voluntatem Dignitatis, negotium illud, in quo edenda est declaratio, respiciat, quippe quæ haud unquam moritur. *c.* 5. *de Rescript. in* 6. Mascardus *vol.* 1. *de probat. Concl.* 201. *n.* 11. Enimvero cum non una distinctione rem expedire liceat, de ea potius ex *negotii qualitate* decernendum, atque tunc si plures heredes discrepantes inveniantur, decisio ex natura *dividuorum & individuorum*, (de quibus Caballinus, Grangianus, & alii scripsere,) desumenda est. Conf. Nicol. Noalis *de Transmiss. Cas.* 47. *n.* 9. Nobis quoad h. l. sufficit, quod v. c. facultatem eligendi, quam quis sui gratia, ex se ipso, & pro libero suo arbitrio sibi reservavit, quandocunque decedat, in heredem transmitti, adeoque ab hoc declarationem fieri posse, *ex Text. l.* 19. *d. Opt. leg. l. f. pr. C. Comm. de Leg.* probetur: Quandoquidem enim jus ipsum in hæredem transit, quidni etiam facultas tanquam sequela juris in eum transmitteretur? Semel

mel autem facta sive ab hærede, sive a superstite illo, qui Beneplacitum sibi reservaverat, declaratione, in damnum alterius mutare voluntatem denuo non licet: *per Vulgg.* Ita si sequestrum quis elegerit ex Beneplacito, sine nova causa eum mutare non potest: Surdus *Conf.* 411. quod & de Notario respondit Boerius *Decis.* 258. *n.* 2. Et maxime hic illa, quæ inter verbum *volam* fusius & cum extensione temporis accipi debet: *juxta* Ulpianum *in l.* 2. §. 4. *quib. ex caus. in poss.* Sed non ita verbum *voluero.* Hinc Pomponius *in l.* 112. *de Verb. obl.* Si verba ita concepta sint: *Quem voluero:* Welchen ich werde erwählt haben: reservantem, postquam semel elegit, mutare voluntatem non posse tradit: cum illæ voces exactum & absolutum, nec simplex adeo, futurum, sed cum admixta quadam præteritione, contineant. Quod si vero tractum verba habeant, ut in his: *Quem volam:* Welchen ich werde erwählen: Ita potestatem mutandi superesse, donec judicium dictetur: Id quod in negotiis *inter vivos* omnino obtinet: cum econtra *in Legatis* indistincte facta semel electione, voluntas non mutetur. Ratio *differentiæ* est quod in Legatis, quamprimum heres voluntatem suam declarat res jam determinata efficitur Legatarii ipso jure, eidemque auferri non possit. *l.* 18. *de Comm. præd.* Quam doctrinam, si secundum ea, quæ de stipulatione diximus, ad nostrum quoque Beneplacitum reservativum applicemus, (quod sane, licet stipulationis forma non vestiatur, acceptari tamen ab altera parte potest,) fortassis nihil à ratione juris alienum statuerimus. Adderem quoque nunc ulterius, quod Anton. Faber in *Dec.* 54. *err. pragm.* 3. male doceat, in effectu nil interesse, si quis rogatus sit restituere Legatariis, an *cum voluerit*, an *cum volet*, an *cum morietur*, an *cui volet:* quasi omnes clausulæ extensivæ sint, atque hæres possit, etiamsi semel elegerit, tamen quamdiu vivit, voluntatem suam mutare. Cum tamen 1.) inter formulam: *Cum volet & cui volet*, differentia ex *l.* 24. *d. Leg.* 2. *& l.* 41. §. 13. *d. Leg.* 3. evidens sit. 2.) *Cum voluerit & cum morietur*, differre *ex l.* 67. *pr. de Leg.* 2. pateat; nec per *l.* 11. §. 5. 6. *de Leg.* 3. probari possit, quod in *τῷ cum voluerit*, pœnitentia admittatur; (Sed contrarium potius inde constet. Non obst. *l.* 1. §. 10. *& l.* 6. §. 1. *ad SC. Tertyll.* quippe quæ de petitione agunt:) ceu quidem locum habet pœnitentia in *τῷ cum morietur. l.* 67. *pr. de Leg.* 2.

(3.) Lex

(3) *Lex* 112. *de Verb. obl.* ad ultimas voluntates non pertineat, sed de stipulationibus, & quidem de stipulatore seu creditore, agat. Verum ut ista plenius persequamur, instituti nostri ratio non admittit: Cum magis illa ad *Beneplacitum concessivum* pertineant.

§. III.

Itaque postquam effectum notabilem Beneplaciti suspensivi exposuimus, sequitur ut de *Resolutivi* Effectibus pariter circumspiciamus. Et quidem veluti eorum, quæ à voluntate alterius pendent, nulla est *possessio:* Castrens. *vol.* 1. *Conf.* 363. *n.* 2. ita etiam illa, quæ per Beneplacitum, und nach Belieben, nobis obveniunt, possessionem à parte nostra non inducunt: Knichen. *de Jure Territor.* *c.* 4. nec *præjudicium* exinde oritur, *l.* 12. *C. de excus. Tut. & Cur.* sive in possessorio, sive in petitorio: Klockius *vol.* 1. *conf.* 29. *n.* 561. *seqq.* qua ratione nec *Interdictum.* Uti possidetis vel aliud ei, qui Beneplacito fruitur, competit; neque contra reservantem *Præscriptio* allegari potest. *cit.* Knichenius *c.* 3. *n.* 213. Besoldus 3. *conf.* 118. *n.* 74. Berlichius 2. *concl.* 6. ubi de *Servitutibus*, quæ auf Bitte und aus blossem Gefallen, concessæ; & D. Richter. *Dec.* 98. *n.* 46. quando per aliquod tempus, cum reservato tamen *Operæ* pro mercede præstitæ sunt. Hinc cum nonnunquam Princeps Civitati *Privilegium* auf den Wein- und Bierschanck dedisset, cum Clausula denselben zu wiederruffen, abzuthun und zu sich zu nehmen, wann und zu welcher Zeit es ihn gelüsten möchte, & eam facultatem Civitas ultra centum annos exercuisset; successor autem Principis in eo versaretur, ut Beneplacitum illud retractare vellet, Quæsitum est: An h. c. *immemorialem* ei *Præscriptionem* obvertere liceret? *Negandum* omnino fuit: non attento, quod præscriptiones immemoriales nullum requirant titulum, *l.* 8. *C. de Præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* & vim pacti contineant. Cephal. *conf.* 459. *n.* 7. Nam Beneplacitum nulli Legi subjacet: adeoque Jus Libertatis contra se habitura foret illa præscriptio, qualis utique titulum desiderat; *c.* 17. *de Præscript.* ut ne de cæteris requisitis, & maxime de possessionis defectu, dicatur. Quibus moti Argentoratenses JCti ap. D. Taborem *P.* 2. *de Jur. Cerev. c.* 6. *pag.* 64. prædictæ Civitati suaserunt, ut non differant

 quam-

quantocyus impetrare *confirmationem sui Privilegii*: Quin potius continuatio indulgentiæ cum debita gratia acceptari, quam beneficentia sua cuiquam præjudicio & damno verti debet. Cæterum ei, qui Beneplacitum à reluctante revocaturus est, *Interdictum* datur, simile ei Interdicto, quod est de precario, & quidem in perpetuum, *arg. l. 8. §. 7. l. 6. §. f. ff. de Precar. & l. 35. d. O. & A.* etiam heredibus. *l. 22. ff. de Prec.* Aut si restitui res non possit, in tantum quanti interest, cum omni causa, post editum interdictum, *h. e.* ut hodie interpretamur, post Litem contestatam. *d. l. 8. §. 4. & pen. d. t.* De *remediis reliquis* ex causa Dominii, *l. 9. 24. ff. de R. V.* Possessionis vel alia, cumprimis de Condictionibus, Actione P. V. quam ex bona fide oriri JCtus ait, in *l. 2. §. pen. l. 19. §. f. de Precar. junct. l. 1. in f. de æstim. act. & l. 14. §. 11. de Furt.* & ex stipulatu, *l. 15. §. 3. de Precar.* Coll. Jur. Arg. *th. 15. eod.* quæ ei, qui Beneplacitum sibi reservavit: competunt, aliunde pro diversitate casuum plenius liquere potest.

§. IV.

Sic ergo à parte ejus, qui à Beneplacito alterius pendet, satis *lubricum* est Beneplacitum, & tanta ejus incertitudo, ut eidem in re momentosa nemo se invitus committere teneatur: B. Argentræus *in Consuet. Britann. Tit. 3. art. 96. n. 6.* cum ne lucrum quidem illud, quod ex alieno arbitrio pendet, considerabile sit. *l. 23. §. 2. ad L. Aquil. l. Medicus. 26. in f. de Op. Lib.* Wesenb. *l. conf. 34. n. 22. & 2. conf. 67. n. 22.* Et quanquam Beneplacito non suspensivo, sed resolutivo constet negotium, quo v. c. res aliqua in nos translata est: Tamen hic merito valet illud Gaji JCti. *l. 139. §. 1. de R. J.* quod ea, quæ ex casu seu eventu, vel causa (i. e. conditione, quæ ex Lege, contractu, ultima voluntate vel simili, rei implexa,) auferri possunt, non videantur perfecte nostra esse; vid. Jacob Gothofr. *ad d. l.* Enim vero cum regulariter voluntatis mutatio non præsumatur, & maxime in ea beneplaciti specie, quæ novam voluntatem requirit, velut in hac formula: *donec revocavero.* Hinc communiter Doctoribus hæc regula traditur, quod concessio ad beneplacitum *perpetua* esse censeatur. vid. Bart. *l. 5. §. 7. quæst. 3. de N. O. N.* Bald. *in l. 16. n. 1. C. si cert. pet.* & Phil. Corneum *in 3. cons. 163. n. 6.* ubi illud perpetuum dici, *ait,* quod

quod conceditur sine temporis limitatione, ad concedentis beneplacitum. In specie autem *gratiam* illam, quæ ad Beneplacitum conceditur, per se perpetuam esse docent, *per c. 9. de off. & potest. jud. deleg. in 6. c. 36. d. præbend. in 6.* Sanchez. *lib. 8. de Matrim. disp. 28. n. 64. seqq.* Capyc. *Dec. 123. n. 4. & alii:* Tum & *annuos Reditus vitalitios*, quamvis ad beneplacitum constituti sint, nihilominus tamen immobilibus accensent: (Ruyn. *lib. 1. cons. 82. n. 2.*) ex prædicta ratione, quia pro perpetuis habentur. Bartolus, *in l. sufficit. de condict. indeb. n. 2.* Similiter, quando Legatum fieret de mobilibus, quæ in domo testatoris sunt, non comprehendi sub eo tradunt, illa quæ Testator *ad Beneplacitum suum* extra domum esse voluit: quoniam ea perpetuo extra domum voluisse censeatur: & paria sint, aliquid esse ad beneplacitum, & aliquid esse in perpetuum. Alex. *Lib. 7. cons. 216. n. 6.* Ulterius, si quis alicui feudum locaverit, so lang dabey zu bleiben, biß er sein Geld völlig daraus erhebe, und alsdann sein **Belieben und Gelegenheit** seyn wolle, dasselbe abzutreten: perpetuam esse concessionem arbitrantur: qua ratione si verum esset, quod feudum, ob locationem in longum tempus, committeretur, Schrader. *P. 8. c. 1. n. 15.* hoc ipsum commissum esse, non inepte concluderetur. Sed vid. Rittershus. *Partit. Feudal. lib. 2. cap. 3. qu. 36.*

§. V.

Interea *fragilis* est illa *Perpetuitas*: nec de nihilo est in concessionibus, præcipue Principum, (quæ tanto facilius revocari possunt, si quando ab beneplacitum directa sint,) ut earundem à successoribus impetretur *Confirmatio.* Utcunque enim 1) confirmans nil novi det. Gail. 2. *obs.* 1. *n.* 16. nec 2) confirmans attendi debeat, sed confirmatum: *l. 77. ff. de hered. instit.* Coll. JC. Argent. *vol. 1. cons. 24. n. 55.* Hoc ipsum vero 3) ad Beneplacitum directum sit. Nihilominus tamen (1) confirmationes illæ conservant jus, quod competit. (2) De Privilegiis exhibitis, si quando confirmanda sunt, cognoscitur: qua ratione confirmatum tenet. (3) Non tam ipsum Beneplacitum, quam causa movens respicitur: ita intellige *c. 4. X. de confirm. util. & inut.* Neque etiam ab uno alterove successore confirmationem impetrasse sufficit. *c. 7. X. eod. c. 31. X. de Decimis:* quo Nicolai Betsii traditio

per-

pertinet, *in Tr. de Pact. Famil. Illustr. c. X. p. 689. Privilegia, quæ diu à nullo Principe confirmata sint, vel quorum confirmatio per magnum temporis intervallum non fuerit renovata, præsertim à Principe, qui rerum modo potitur, in judicio producta, non solere attendi.* Quod si etiam fieri possit, specialis Confirmatio, quippe quæ plus roboris habet, quam generalis, impetrari omnino debet: *c. 5. X. de confirm. ut. vel inut.* quanquam generalis confirmatio nihilominus eo valeat, ut revocatio privilegii non præsumatur; *juxta* Klock. 1. *vol. cons.* 37. *n.* 71. Nil dicam de cæteris vitiis & imperfectionibus, (*Nov.* 15. *c.* 1.) quas aliquando per confirmationes emendari & tolli necessarium est: *l. 2. quando Decr. non est op.* nil de periculis, quæ interea suboriri possunt: Sic enim aliquando contra utilitatem publicam vergere videntur saltem successu temporis; aliquando etiam causa fatiscere, & si quæ alia, (emortua cum persona concedentis affectione,) suboriuntur.

CAPUT IV.

Quo Contraria Beneplaciti pertractantur.

SUMMARIA.

1. *Non præsumenda voluntatis mutatio, & quatenus ea fieri debeat.*
2. *Beneplacitum: quamdiu velim, finitur morte. Casus excepti.*
3. *Gailius & alii notantur. Distinctio beneplaciti quoad usque velim & donec revocavero. Concessiones ambitiosa.*
4. *Concessiones sub nomine dignitatis vel officii morte concedentis non intercidunt.*
5. *Concessio donec revocavero morte non finitur.*
6. *Mors civilis, furor.*
7. *Temporis effluxus.*

§. I.

In enarrandis *Contrariis* primum omnium ad *Mutationem Voluntatis* attendendum est. Cum enim Beneplacitum vel voluntate desinente finiatur, ut in hac formula, *quoad volam*: vel nova & contraria volun-

voluntate destruatur, ut in ista verborum conceptione: *donec revocavero.* Et quidem, quandocunque placuerit. Carol. Tapia. *in Tr. ad l. fin. de Constit. Princip. part. 2. c. 3. n. 17.* Ideo præcipue in *priori* specie cavendum est, ne absque justa ratione voluntas desiisse videatur. Equidem subitanea voluntatis mutatio à Beneplacito aliena est; nec causæ beneficiorum cum *momentariis voluntatibus*, (*ut Impp. in l. 21. C. de inoff. test.* loquuntur, convenit: ne Beneficentiæ specie quis decipiatur. Potest tamen mutari voluntas, beneplacito suo quid reservantis, etiam *dum superstes est*: morte illius, donec per illam velle desinat, non expectata: Verum mutatio illa non præsumitur: *l. 3. §. 6. seqq. d. acq. vel am. poss. Auth. ex causa. C. de Liber. præterit.* cumprimis in illis, quæ per se bona, (*c. Majores. de Baptism.* Ludov. Roman. *cons. 295. n. 7.*) & favorabilia sunt; nec certum finem habent; vid. *l. 30. pr. ff. de excus. Tut.* Natta. *lib. 1. cons. 58. n. 8.* Adeo ut in dubio potius error, quam mutatio præsumatur: Alex. *VII cons. 96.* maxime quando parti damnum inferretur, & jus illius aliquod intercideret; Gozadin. *Consil. 22. n. 3. & 11.* nec minus si diutius in beneplacito perseveratum fuerit. Aymo Cravetta *consil. 732. n. 10. seqq.* Quapropter ille, qui mutationem illam asserit, probare eam debet; *l. 22. ff. de probat.* & quidem per extrinseca: cum in animo consistat. *l. 27. ff. de condit. instit.* aut saltem per urgentes *conjecturas.* Menoch. *d. A. J. Q. cas. 361.* Sic enim rebus mutatis, voluntatis etiam mutatio præsumitur, *l. 38. d. solut.* Carpz. *2. const. 31. def. 23.* præsertim quia Beneplacitum ex sola unius voluntate dependet: *l. 27. §. 1. de Leg. 3. l. 3. §. f. de ann. leg. l. 8. de confirm. tut. Idem* Menoch. *VI. præsumt. 37. n. 35.* Alciatus *d. præsumt. reg 4. præs. 16. n. 3. 5.* qua ratione Beneplacitum non minus expirabit: quemadmodum aliquando fieri potest, ut *rebus immutatis* beneplacitum futurum seu suspensivum impediatur: Sic enim ille, qui liberam facultatem variandi & eligendi sibi reservavit, si res non amplius sit integra, eandem facultatem amittit. (vid. *Paris. IV. consil. 77.*) *Revocatur* deinde Beneplacitum, quod sub modo *novæ voluntatis* conceptum est: Et quanquam facilius revocatio inducatur, quam concessio. *l. 10. de reb. dub. §. 3. quib. mod. test. infirm.* Tamen non debet illa fieri in præjudicium Tertii, *l. 22. de damn. inf. l. 20. C. de appell.* nec in damnum immeritum ejus, quem Beneplacitum concernit; veluti officialis ad beneplacitum constituti, si ille abdicari velit:

lit: quanquam in his, quæ nullo ad merita, vel aliam causam, habito respectu, concessa sunt, liberrima voluntate omnino uti possimus; præcipue si licentiosis verbis beneplacitum conceptum sit: wie es mich gelüstet, bloß und allerdings nach meinem Belieben. In cæteris sane mutatio subita Beneplaciti, de quo concessionarius justa ratione confidit: ex eo solum prætextu, quia in arbitrio concedentis versetur, adeoque sine ulla alia consideratione, non mutandum fore; haud quaquam probari potest: *arg. l.* 4. *C. de Relig. & sumt. fun. l. fin. §. fin. C. de Mod. mulctar.* Roland. à Valle, 4. *consil.* 43. *n.* 43. *seq.* cum nec sine rubore, nec absque incusatione duritiei fieri queat, citra omnem causam; secus si solum aliqua, licet non adeo prægnans, subsit. Capyc. *Dec.* 116. *n.* 4. etiamsi fortassis ab initio causa aliqua quadamenus onerosa non intervenerit: cumprimis à viro gravi, & maximè à *Principe:* vid. Suet. *in August. c.* 56. quem non tantum variatio dedecet, verum & labem designat, si actioni ejus nulla causa, nisi lubentia, reperiri possit; vid. Mascard. *concl.* 275. *n.* 26. *seqq.* siquidem nec privatis nuda malitia indulgeretur, sed potius universi ad studium proximo suo benefaciendi adstringantur. Proinde non immerito suspecta Menochio visa est (*in Rem.* 8. *recup. possess. n.* 60.) doctrina Baldi, *ad c. Ecclesiæ, S. Mariæ, X. de constit.* quod ad justificandum Beneplacitum Principis *sola occasio* sufficiat, etsi levis: Et admiratione dignum judicat idem Menochius, quod Baldus alibi, tantam pro Principe, in ausibus ejus, præsumtionem esse tradit, ut in contrarium nulla possit objici spoliatio. Nam hoc falsum esse, comprobat ipse in casibus, quibus Princeps de bonis subditorum, utcunque Civili tantum jure quæsita fuerint, ad libitum disponere non potest. Sunt tamen & modi, queis in mutando beneplacito mitius procedimus: veluti quod concessionarium tempestive de revocando eo admoneamus: Wesenb. *cons.* 57. *n.* 10 Qua ratione sæpius inconsultæ revocationes, post factam à concessionariis instantiam, penitus intermissæ sunt. Quin & Cravetta *consil.* 732. *n.* 17. *seq* suadet, si causa revocandi Beneplaciti idonea non reperiatur, potius illud *infructuosum* reddi debere, quam revocari: cum quidem multos effectus adhuc habere possit Beneplacitum, utcunque infructuosum fuerit.

§. II.

§. II.

Quodsi vero Beneplacitum illud: *quamdiu velim*: per declarationem desinentis voluntatis non tollitur, tunc quidem morte ejus, à quo procedit, expirat; neque successoris contraria voluntas, (ut in altera formula beneplaciti: *donec revocavero*:) expectatur. Videlicet Beneplacitum illud à voluntate, ejusque duratione pendet: & quanquam morte non mutetur voluntas, (h. e. contraria voluntas non ponatur: quod in altera specie beneplaciti necessarium est;) finitur tamen; quippe per mortem sive naturalem, sive violentam (*l.* 11. *C. donat. ante nupt.*) velle desinimus: *l.* 9. *qui sine manum. ad lib. perven. l.* 32. *de don. int. V. & Ux. l.* 15. *C. Mandati.* Everh. Bronchorst, *cent.* 2. *assert.* 46. eaque solvit omnia, quoad potentias humanas. Carpzov. 3. *qu. crim.* 141. Hinc licet in ultimis voluntatibus: *cum volet hæres.* moriendo, seu dum moritur, velle videatur: * *l.* 11. §. 6. *de Leg.* 3. quia posthæc amplius velle non potest. *l.* 41. §. 13. *eod.* Tamen illud in favorem ultimæ voluntatis constitutum est. Menoch. *IV. de præsumpt.* 90. cum alias prædicta formula positionem voluntatis requireret: (Quocirca in contractibus aliud definitur. *l.* 46. §. 2. *de V. O.*) Sane beneplacitum: *quoad velim*: cum voluntate concedentis extinguitur: *per l.* 4. *ff. Locat. & c. si gratiose. de rescr. in* 6. *item l.* 32. *ff. de Donat.* Franc. Marc. *lib.* 1. *decis.* 512. & quidem *eo ipso*, (*d. c. si gratiose.*) h. e. ipso jure, citra factum ullum vel declarationem hominis: ceu de Beneplacito Pontificis Romani *in eod. cap.* rescribitur: & de Abbate tradit Bartolus, 1. *consil.* 63. si is Monachum in beneficio Rectorem ad sui beneplacitum & voluntatem constituerit, mortuo eo, beneplacitum extingui. Similiter de judice, qui in pœnam exilii duraturi ad voluntatem suam, quem condemnavit: Et de quolibet alio; adeoque tam de personis Dignitate præditis, quam privatis; & tam in favo-

* *Sic ultimo vitæ momento implementum ejusmodi conditionis imputatur, vel potius primo mortis. Nam mors, æque ac vita, individua est: aliter ac sensere Stoici. Plato etiam medium momentum, velut in transitu, admisit: cum tamen anima, quippe spiritus, pro parte non possit recedere, & si tota recesserit, vita non sit amplius. vid. Gell.* 6. *N. A.* 13. *Robbich. Lexic. Critic. Lib. XI. c.* 20.

quousque per successorem non revocetur: Secus in Delegata, quæ non tam favorabilis, sed potius odiosa est: *c.* 10. *d. rescript.* Sebast. Vantius *cum al. d. Nullit. sent. ex def. Jurisd. deleg. n.* 104. 2.) quando *causa adhuc dum durat*, ob quam Beneplacitum editum est. Ita cum Vicarius perpetuus Ecclesiæ Avenionensis a Papa constitutus, celebrandi licentiam concessit Episcopo Fullano, *quamdiu suæ placuisset voluntati*, mortuo Papa, licentiam istam non expirasse visum est: *in Decis. Rot. Rom.* 86. *ap.* Martam *Digest. voc. Grat. Tom. IV. cap.* 12. Quid de *Universitate*: si per eam quid ad beneplacitum, seu quamdiu velit, concessum fuerit? Utique Universitas vicem personæ sustinet; *l.* 12. *de fidej.* saltim repræsentatæ; *l.* 7. *quod cujusque univ. nom.* ipsa tamen non moritur: *l.* 79. *d. jud. l.* 56. *de usur. l.* 8. *de usufr. leg.* qua ratione frustra expectabimus, ut morte finiatur ejusmodi Beneplacitum: Non aliter ac Afflictis *in Dec.* 101. *n.* 3. respondit, si per *Episcopum* fiat Beneplacitum, *cum consensu totius Capituli*, durare illud per totam vitam provisi, quoniam Ecclesia non moriatur. Sed tamen nihilominus beneplacitum illud pro lubitu retractari potest, adeoque semper in universitate, (quæ alias etiam contrahere & delinquere valet: Nicol. Losæus *P.* 1. *c.* 11. *de J. Universit.*) *declaratio* aliqua voluntatis desinentis requiretur.

§. III.

Equidem *Regulæ* jam ante textibus & ratione satis munitæ contradicit Andr. Gailius *in Lib.* 2. *Obs. Pract.* 60. *n.* 16. ubi per mortem concedentis Privilegia *ad beneplacitum*, **Wohlgefallen**, concessa, non revocari, ait: adducens pro sua Sententia *l.* 30. *in f. pr. de excus. tut.* & *l.* 56. *ff. d. Condict. indebiti*: eamque saltim usu servari docet. Non potest juvari Gailius, si eum de Beneplacito, quod a revocatione expressa & positiva voluntatis dependet, sensisse dicamus: nam contextus Authoris & institutum hoc non admittit. Et sane Baro Enenckelius quoque in ea est hæresi, *Lib.* 3. *d. Privileg. c.* 2. *n.* 9. *seqq.* quem nec quicquam tuetur, quod ait, eum qui moritur non quidem velle, sed tamen nec nolle: item quod precarium ad heredes transire objicit, nisi expresse revocatum fuerit. Nam hæc talia non efficiunt, quo minus voluntas in beneplacito: *quoad volam*, morte desinat. Ut non immerito mirandum sit, quomodo ut Enenckelius Rumelinum

ad A. B. Differt. 4. *th.* 14. ita Gailius Wehnerum *in Obs. Pract. voc.* Auf Wohlgefallen. & *uterque* tandem Caspar. Klockium *in c.* 16. *de Contribut. sect. I. n.* 120. & Jac. Brandmullerum *in Differ. Jur. Civ. & Canon. voc. Privilegium. p.* 328. *seq.* seducere potuerit. Quin & Brandmullerus differentiam hac in parte inter *Jus Canon.* & *Civile* statuit, quasi nimirum Jure *Civili* Privilegium ad beneplacitum concessum per mortem concedentis, non finiatur; *dd. text. l.* 30. & 56. (Enenckelius quoque *l.* 12. *C. de usufr.* citat:) finiatur autem Jure *Canonico*; & jus igitur Civile huic præferendum sit: cum & Usu fori probetur. Verum Jus civile omnino distinguit, an *quoad usque velim*, an *donec revocavero*, Beneplacitum conceptum sit: hoc tantum morte non finiri, illud autem omnino, ex supra dictis constat: Et nec Jus Canon. ullibi discrepat, nec Fora illam distinctionem contemnunt: quin potius ea, quæ sparsim citavimus, Doctorum tradita & præjudicia, Dissentientibus illis, queis quidem unicus Gailius, suo de usu Fori testimonio, (nullis præjudiciis munito,) obrepere potuit, aperte contradicunt. Imo nec ipsa ratio consuetudinem illam admissura foret. De cætero, quod Enenckelius *d. c.* 2. *n.* 33. *pag.* 234. Capitulum *Gratiosæ.* 5. *X. de rescript.* de Privilegio non vero, justo & perfecto, accipit; sed de quacunque alia levi ac incerta gratia privata, non publica, quasi exhinc Papa concessionem illam restringendam velit, tanquam *ambitiosam*, & forte sub- & obreptitie impetratam: Per istud quidem *cap. illud*, sibi adversum, evitare nititur; Sed infeliciter! quid enim 1.) si non Pontifex, sed Sedes Apostolica ejusmodi gratiam concessisset? *quoad usque placuerit*, ita sane continuo perduraret: 2.) non in eo ponitur ratio decidendi, quod morte expiret concessio, quia ambitiosa sit; verum quia per *obitum Pontificis omnino beneplacitum extinguitur.* Nec Versus: *prætextu.* ad rationem finiendi beneplaciti pertinet; sed ad interpretandum objectum: quo respectu omnino verum est, concessiones ad beneplacitum sæpius *ambitiosas*; adeoque restringendas esse; veluti concessio in *d. cap. ad ea beneficia, quæ Canonice obtinebat privilegiatus.* Equidem vocem illam: *ambitiosam*, vix eo sensu venire putem, quo *ap.* Sueton. *c.* 8. *in Domitian. ambitiosas sententias* legimus: Neque ut idem sit, ac καλλωπικὸν ad captandam auram popularem: sed vel pro *gratioso*: qua ratione Principum beneficia, quoad in tertii præjudicium tendunt, restrin-

restringenda esse ratio jubet; nec in eo *dictum cap.* singulare quid continet: vel pro eo quod ob *amplitudinem* Privilegiato ansam cavillandi, & plus æquo sibi arrogandi præbeat: quo sensu in adversum privilegiantis concessio, seu statuentis, *ambitiosa* Civili jure dicitur: ut *Decreta ambitiosa in l. 4. pr. & l. 2. C. d. Decret. ab Ord. fac.* ubi Jacob. Cujac. *conf. etiam Extrav. Comm. Ambitiosæ cupiditati. d. reb. Eccl. non alienand. & E. comm. viam ambitiosæ cupid. d. Regularib. &c.*

§. IV.

Ita Beneplacitum expirat, si in eo persona concedentis magis versata fuerit: Quod si vero gratia, vel quid aliud, sub nomine *Dignitatis* vel *Officii* concedatur: tunc per mortem concedentis non intercidit, quoniam Dignitas cum ea non moritur: Cravett. *cons.* 732. *pr num. 2. seq* sed perdurat gratia, usque dum per successorem in Dignitate, revocetur: eo pertinet *Bonifacii VIII.* distinctio *in sæpe cit. c. 5. d. rescript. in 6.* ibi: *Secus autem si usque ad Apostolicæ sedis beneplacitum: junct.* Felino *in c. ex Literis, n. 9. d. const.* Item dices, si *quoad judici vel Episcopo placuerit.* Covarr. *Lib. 3. var. resol. c. 15. num. 2.* Bartol *in l. 46. d. V. O. n. 9.* Quandonam vero in concessione Dignitatis habeatur ratio? obscurum sæpe est: Interea in sequentibus speciebus Dignitatem in Beneplacito præ se tulisse concedens videbitur: 1.) Si gratis concessa sit, nulla nec nominis proprii, nec Dignitatis, v. c. sedis Apostolicæ, facta mentione: *Vid. c. quoniam Abbas* 14. *x. d. Off. jud. deleg.* ubi tantum mentio ut loci, ubi Abbas degit, non etiam persona exprimitur. *add. Felin. d. l.* 2.) quando sola Dignitas vel Officium adducitur: Cravett. *Cons.* 929. *n. 2. seq.* ut si dictum sit, *quoadusque Judici placebit.* Capyc. *Decis.* 136. Secus si Judex dixerit, non ad beneplacitum judicis, sed *ad beneplacitum suum*, vel donec *ipse* voluerit: nam si eo modo judex aliquem ad confinia posuerit, eodem mortuo, Bannum finiri, Bartolus recte censuit. *ad d. l centesimis.* 46. *§. 2. num. 9. d. V. O. &* Gomez. *ad cap. 8. delictorum. x. d. Constit. num. 5.* Alias omnino attendi debet, an dispositio ea contineat, quæ præcise Dignitatis sunt: nisi enim ex verborum conceptione, (ut in modo add exemplo,) diversum appareat, in tantum ad Dignitatem recurrimus, ut nec personæ, licet eandem præ se ferat, habeatur ratio.

ratio. *Dominic. d. S.* Geminiano *conf. 93. pr.* Personæ enim competit, quia dignitas subjectum suum informat, nec dignitas sine persona quid agere potest, *ut* Baldus. 3. *consil.* 121. *num.* 6. loquitur. Et econtra, quando exprimitur Dignitas & Persona simul, sed actus ille sub nomine Dignitatis valere non potest, Dignitatem putamus, honoris tantum & demonstrationis causa, expressam esse Ludovic. Roman. *conf.* 343. *num.* 9. *seq.* Ex quibus illa distinctio, quæ *apud* Abbatem *in Lib.* 2. *conf.* 93. *num.* 2. legitur, inter Dignitatem in abstracto & in concreto, dilucidationem accipit: nec minus explicari potest, quamobrem in *c. si gratiose.* concessio ad beneplacitum Romani Pontificis, quod nomen tamen officii est, cum morte concedentis finiri dicatur. Etenim conditionem Pontificis individualem intelligere oportet, cui pro stylo Romanæ Curiæ sedes Apostolica opponitur. Non obstante *c.* 14 *x. d. off. judic. deleg.* 3.) Si Beneplacitum sub nomine *Personæ & Dignitatis* simul exprimatur: quanquam enim aliqui, expresso nomine proprio, indistincte personalem concessionem esse velint. vid. Sanchez. *d. Matrimon. lib.* 8. *Disp.* 27. *n.* 18. Tamen verius est, nomen Dignitatis non debere esse otiosum; At vero illud per se realitatem operatur: Interim ratione sua non destituitur illorum traditio, qui in illa personæ & Dignitatis conjunctione, ad ordinem Scripturæ respiciendum esse volunt: *arg. l. si Comm. ff. d. stipul. serv. l. quoties. ff. de usufr. cap.* 10. *d. præbend. in* 6. *c.* 46. *vers. verum. d. elect. in* 6. ut si Personæ prius facta sit mentio, cum morte ejus Beneplacitum finiatur; Si Dignitas præposita fuerit, secus se habeat: Cravett. *consil.* 632. *num.* 2. *seqq.* nisi, quod ibidem admonet, utrobique conjecturæ in contrarium occurrant: nam in hoc negotio prudentia interpretatrice opus est: quo tandem confugit sagacissimus Covarruvias, * quando *in d. c.* 15. *Lib.* 3. *Resolut.* quæstionem hanc: quando concessio dicatur respicere beneplacitum personæ, & quando Dignitatis? ex conditione & natura actus, qui geritur, aliisque circumstantiis, decidendam esse putat. *conf.* etiam Fab. de Anna *consil.* 14. Quid vero, si *officium* finitum fuerit, an ita etiam beneplacitum, respectu officii concessum, expirabit? Utique, modo officium

---

* *Quem præ cæteris Exterorum ob accurationem commendat G. Franck. præfat. P.* 1. *Resolut.*

officium sui natura sit non perpetuum: ut est Legati, Vicarii, &c. Nam ita ne quidem mors concedentis Officiarii, velut Legati, expectabitur; sed protinus, cum finito officio, etiam Beneplacitum expirabit. Sanchez. *Lib. 8. d. Matrim. disp. 28. num. 59.* Francus *in c. si gratiose. num. 13. d. rescript. in 6.* Gozadin. *cons. 22. num 9. ubi communem ait.* Alias autem finito licet officio, beneplacitum tamen adhuc perdurat. *d. c. &* Francus *cit. l.* eoque pertinet, quod in simili docet Geminian. *cons. 64. n. 6.* eum, qui *contractum* aliquem revocabilem iniit, v. g. depositi, sub nomine Dignitatis, si ab hac amoveatur, licet vivat, tamen non posse revocare, sed eam facultatem ad solum successorem in Dignitate pertinere. Igitur si Rector Provinciæ alicui officium dederit ad beneplacitum, finita quamvis Rectoria concedentis, tamen eo usque officium collatum durat, donec a successore revocetur. Jo. Calderinus *consil. 26.* Neque in aliis quoque casus mortis, ad casum remotionis ab officio, & vicissim, extenditur, Fontanella. *d. Pact. Nupt. clausul. 4. gloss. 25. num. 43.*

§. V.

Dixi in *principio* hujus *Capitis*, quod vel finiatur voluntas: & hoc ipsum morte fieri; vel contraria voluntate alia destruatur: quod ipsum per revocationem perficiatur: non tantum in Beneplacito: *donec revocavero*; verum etiam in eo, quod morte non finitur: ut est illud, quod sub ratione Officii & Dignitatis constituitur. Proinde voluntas *deficere* dicitur, quando cessante ea, cessat etiam actus, qui continenter ab ipsa in esse dependeat: ceu Mandatum morte mandantis finiri, cessare, deficere, expirare dicitur; sed non revocari. Quippe tunc demum actus *revocatur*, quando illud, quod prius impetratum vel commissum erat, contraria voluntate tollitur ac retractatur: unde revocatio actum voluntatis positivum requirit; Mascardus *vol. 1. d. Probat. concl. 188. n. 8. seqq.* Magerus *de Advoc. armat. c. 16. n. 249.* Nec ergo mors concedentis ad tollenda illa, quæ ad usque revocationem concessa sunt, sufficit: nisi ex se & sua natura negotium morte extinguatur, v. c. mandatum, & sub tempus mortis adhuc tum res sit integra: Sic v. c. si delegata Jurisdictio fuerit, *donec concedens revocaverit*: re integra per mortem concedentis expi-

rabit, quia verba ista secundum naturam actus, cui adjiciuntur, intelligenda sunt. *vid. c.* 19. *&* 30. *de offic. deleg.* Cravett. *consil.* 245. *n.* 5. 6. secus si Judex jurisdictione sibi delegata uti cœperit, & res adeo non amplius integra sit. *c.* 7. *eod. in* 6. & Mascard. *d. l. n.* 21. Hinc itaque male Menochius in *Lib.* 1. *Qu. Arbitr.* 69. contra communem, ut ipse fatetur, sententiam, asseruit, quod beneplacitum, etiam sub hac formula: *donec revocavero*, morte finiatur: motus videlicet, sed indigne, textibus in speciem sibi adversantibus, *l.* 4. *ff. locati. d. c.* 7. *d. off. deleg. in* 6. *l.* 4. *d. manum. Vind. l.* 41. §. 13. *d. Leg.* 3. quos potius ex actuum inibi propositorum natura explicare, quam ex verborum conceptione, voluit. Utcunque enim naturam negotii in eo tantum casu respiciendam esse, ex jam dictis constet, quando per se id ipsum morte finitur; tamen in reliquis distinctio ante præbita merito suo valet, suntque contortæ non tantum Menochii expositiones, *num.* 20. *seqq.* sed falsæ etiam ex parte, atque multis instantiis subvertibiles.

§. VI.

De Morte Civili si quæras: num per hanc Beneplacitum, *quoad volam*, perinde atque per mortem naturalem, perimaturi videri possit, pro affirmanda quæstione facere: quod mortuus non minus sit, qui civiliter moritur. *l.* 2. §. 5. *d. lib. posth. hæred. inst. l.* 1. §. 8. *d. bon. poss. contra tabb. l.* 63. §. 10. ibi: *intereunt homines capitis diminutione aut morte. ff. pro soc.* Verum illud solum in casibus jure expressis procedit: vel etiam in ultima voluntate, si quando Testator non modum, sed effectum desideravit. *l.* 3. *C. d. Inst. & subst.* Mantic. *Lib. XI. Tit.* 16. *n.* 4. *d. Conjunct. ult. volunt.* ut adeo regula potius sit in contrarium. Hinc nec matrimonium civili morte solvitur, *l.* 5. §. 1. *d. bon. damnat.* nec etiam ut donatio inter Vir. & Uxor. morte naturali firmatur, ita quoque firmatur morte civili: *l.* 15. §. 1. *d. Donat. in V. & Uxor. junct.* Wisenb. *ad Pandect. p.* 1. *D* 47. *col.* 585. *n.* 13. Et quando de *conditione* voluntaria in tempus *mortis* collata agimus, proprie illa & vere, non etiam ficte intelligenda est. Papinian. *l.* 77. §. 4. *d. Leg.* 2. Brussel. *Lib.* 3. *d. Condit. Tit.* 1. *n.* 7. vid. *etiam l.* 59. *d. condit. & demonstr. l.* 48. §. 1. *d. J. Fisci.* Simili non minus in contractibus obtinente. *v. l.* 121. §. 2. *d. V. O.* Cumprimis autem quoad finiendum *Bene-*

Beneplacitum mors civilis non attendi poterit: non solum quod id ipsum animo & voluntate nitatur. (*v. d. l.* 5. §. 1. *d. bon. damnat.*) Sed etiam quod plus facti, quam juris habeat, *v. l.* 10. *ff. d. cap. minut. juncto* Phil. Franco *ad c. si gratiose. n.* 12. *d. Rescript. in* 6. *&* Merenda *in Lib. IV. controv. c.* 3. Quocirca nec Beneplacitum per ingressum *Monasterii* finietur; in his videlicet, in quibus velle potest *Monachus*, (cum nec *Servi* in illis, quæ patrimonii causam non concernunt, arbitrari prohibeantur: *v. l.* 7. §. *f. d. Cur. fur. l.* 43. *seq. d. V. O. junct. l.* 33. §. 6. *eod* §. 2. *Inst. d. stip. serv.* (*Diss.* Gœdd. *ad l.* 68. *d. V. S.*) quales tamen non sunt Monachi. Pacian. 1. *cons.* 162. *n.* 90. Neque g. Monachus impediri poterit, quo minus in iisdem negotiis Beneplacitum suum revocet. Quod si vero dispositionem sibi vel maxime de bonis suis, aliquo tempore, priusquam Monasterium ingrederetur, reservaverit, tamen nullius deinde effectus erit Beneplacitum. vid. Gilkenium *ad Auth. Ingress. C. d. SS. Eccl. n.* 10. *seqq. Item* Jo. Vincent. Hondedæum: *vol.* 1. *cons.* 61. *n.* 11. 12. Ubi hactenus in Monacho mortem civilem cum naturali comparat. *vid. etiam c. l exivi. § cupientes. d. V. S. &* Joh. Gœddeum *vol.* 1. *cons.* 25 *n.* 68. ubi quod Monachi, quoad jura sua, per ingressum non quidem moriantur; sed interea tamen eadem exercere non possint. *Conf. C. j. A. Tit. qui Testam. fac. possunt. p.* 320. *th.* 9. Quid de *Furore* vel *amentia*: num per eam quoque voluntas finitur, ut illa morti comparari queat? Nequaquam: quia non tam finitur, quam sopitur, ne mutari possit: adeoque confirmatur potius, quam extinguitur; tantoque magis adhuc velle dicendus est furiosus, quod nolle nondum potest: *c.* 3. §. *f. extra d. baptism. l.* 27. *d. A. & A. P. l.* 31. §. 3. *d. Usuc.* Sanchez. *Lib.* 8. *d. Matrim. Disp.* 28. *n.* 58. Donec aliquando resipiscat: ubi tunc persistere, aut mutare adhuc voluntatem potest. Itaque a furore regressus aliquis est, a morte non est. Nec obstat, quod Ulpianus *in l.* 6. *pr. & l.* 5. *d. precar.* furorem & mortem æquiparat. In illa enim specie, de *redintegrando* precario agitur, quod ad certum tempus constitutum, effluxo tempore & ipsum finitum est: Proinde cum redintegrari precarium sine nova voluntate non possit, hinc æque furor eo casu atque mors voluntatem excludit. Et tractat ergo JCtus de precario, non quod a fine voluntatis, sed quod a solo

Digitized by Google

lapsu temporis, finem accipere debuit: nec tam ibi voluntas ad finiendum, quam ad integrandum respicitur.

§. VII.

Sed & Temporis effluxu Beneplacitum extingui potest, veluti si quis post biennium Beneplacitum suum cessare debere, sibi reservaverit: qua ratione si cum clausula *annullativa* seu præclusionis eventualis conceptum sit, elapso tempore de Beneplacito prorogato amplius quæstio nulla superest: (*non* obst. *l.* 44. §. 1. *d. O. & A. l.* 28. *C. d. pact.* (Nam hoc loco in liberrimo Reservato, citra conventionem ullam versamur; & imo etiam in contractibus, si appareat, adjectum fuisse tempus tollendæ obligationis causa, Pacianus *Lib.* 1. *d. probat. c.* 32. *n.* 18. post effluxum ejus, tolli obligationem, asserit.) Quod si vero Beneplacitum simpliciter sit restrictum ad certum tempus; tunc quidem in dubio differendæ retractationis, non etiam finiendi beneplaciti ergo, adjectum esse censetur. *arg. l.* 59. §. 2. *ff. Mandati. conf.* Car. Ruyn. *Lib.* 1. *consil.* 82. *n.* 3. *seqq.* Quid tamen si concessio facta sit ad certum tempus, & deinde ad beneplacitum, *quoad velit ulterius*? Moriente concedente intra illud tempus, concessio nondum expirat, sed tempus plane ad finem perducendum est. Sanchez. *d. Disp.* 28. *n.* 51.

CAPUT V.

Quo ab Affinibus, & præ cæteris a Precario, Beneplacitum distinguitur.

SUMMARIA.

1. *Differentia a precario, tum ratione nominis: tum rei, & quidem quoad causam efficientem, subjectum, objectum, formam, finem.*
2. *Item quoad effectus, contraria.*

§. 1.

§. I.

PRæter alias *Liberalitatis*, quas Oldendorpius *Class. 3. Act. 16. p. 571.* vocat *innominatas* species, fundamentum suum in *l. 15. pr. & §. 1. ff. d. Precar.* habentes, *Precarium Beneplacito* propius accedit. Sed complures hic se exserunt differentiæ: tum ratione *nominis*: Nam Beneplacitum nomen suum habet a Concedente, seu reservante; Precarium ab Accipiente: tum ratione Rei, & (I.) quidem quoad *Causam Efficientem*. In *Beneplacito* nullæ etiam preces; sed reservatio spontanea mutationis voluntatis. In *precario* secus. *l. 2. §. 3. d. precar. Beneplacitum* per se ex beneficentia non pendet, quin imo si in actum deducitur, aliquando alteri noxium est. Aliter atque in *precario. l. 1. §. 1. & 2. d. l. Beneplacitum* nonnunquam cum *necessitate* conjunctum est: videlicet quantum ad *rem ipsam* attinet; tantum quod *modus* libertati reservetur: quod in *Operis* & *præstationibus publicis* conspicitur: tum & *Meritum* sæpe concessionarii respicit: velut *Salarium* nemo precario accipit, sed id ipsum accipiens meretur, eique ex obligatione quadam, ad compensandam laborem, porrigitur: quantitas solum in exsolventis sæpe arbitrio reservatur; nec tam is qui salarium consequitur, petit quid precario, sed expectat, & quidem ut perpetuum illo fruatur. Ulterius in *Beneplacito* meo quadantenus consistit, an a loco abscedere velim, si istud reservaverim; sed ibi nullum precarium, neque ea mariti v. c. commemoratio, precaria dici potest: Pendet quoque beneplacitum, quia in futurum eventum concipitur, atque in incerto est. Sed *precarium* protinus in actum deducitur. Nullum deinde subest *precarium*; quando ex Beneplacito modo plus, modo minus, ut in Laudemio, exigere possum: nec etiam ob *precariam* quandam concessionem immunitatis, uni vel alteri remissio quantitatis consuetæ, contigisse dicitur. Porro in promissione dotis, quantum voluero, nullum est *precarium*: nil habet gener a me precario, & post quam dederim, dotem ille haudquaquam precario obtinet. (II.) Quoad *Subjectum*, seu personas in utroque negotio intervenientes: quæ tamen consideratio suo modo causæ efficienti, ut solet, in his rebus juridicis, immixta est:) *Inviti* quandoque arbitrium alterius subimus, velut reus *Beneplacitum* actoris, in reservatis judicialibus: & invitissimi alii, quos eo cladis adegit infor-

infortunium, ut vitam & fortunas suas arbitrio victoris submittere necessum habeant. Quinimo qui *Beneplacito* suo quid reservat, non utique expectat, ut alter, quem istud respicit, eodem contentus sit: veluti subditus ratione præstationum: donans in re donata; sed totum est in arbitrio reservantis. In *precario* autem est mutuum quid, nec tantum precario accipiens in conditionem dantis consentit, sed sub illa etiam conditione petit: quod fere nunquam fit in Beneplacito. Quid quod *Beneplacitum* quoque nostrum multoties alterius arbitrio explicemus: quale quid in *precario* fieri non solet. *Hæredes* utrobique si respicias, *precarium* natura sua per mortem concedentis non finitur, antequam hæres revocet; etiamsi hæredem, quisnam ille sit, ignoremus. *l.* 8. §. 1. *ff. d. Precar.* Non ita in *Beneplacito: quamdiu voluero*: nam hoc ipsum morte concedentis extinguitur. Vicissim, *morte* precario *rogantis precarium* finitur. *l.* 12. §. 1. *ff. eod.* Adeo ut constituens precario nomine se possessurum post mortem, nil quicquam transferat; Alex. *vol.* 2. *cons.* 82. *n.* 9. nisi quod tam hæres ejus, quam cæteri successores, si in possessione reperiantur, Interdicto de precario, (sed non alio respectu, quam ex persona Defuncti, eo quod huic tantum possessio concessa fuerit,) conveniri possint. *d. l.* 8. §. *ult. de Precar. junct. l.* 12. §. 2. *eod. & l.* 11. *ff. d. divers. temporal. præscript.* In *Beneplacito* aliter obtinet, quippe quod ad hæredem ejus, erga quem reservatur, regulariter transire solet. (III.) *Precarium* a *Beneplacito* quoad *Objectum* distinguitur. Nam *illud* non est rei suæ. *l.* 45. *d. Regul. Jur. ubi* Jac. Gothofr. *pr.* 220. *seq.* Est vero in re sua, & imo etiam in illa, quæ apud nos manet, *Beneplacitum.* Nil in *Precario* incertum est, nisi *tempus*, quo id ipsum finiatur: Ast in *Beneplacito* nonnunquam omnia incerta, *quantum, quomodo, quoties* velim. In hoc, *Beneplacito* scilicet, non minus illud arbitrio aliorum subjicimus, quod jam habemus, ut in eo pro suo agant Beneplacito, ut sunt vita nostra & facultates. Sed in *Precario non* ita rogamus, quia hoc cum translatione quadam rei in nos conjunctum esse debet: ac longe alius sensus est in; *Chiedere la vita, demander la vie:* hostem nempe vitam meam rogare. Videlicet non tam ut illam mihi concedat, quam ut relinquat. Porro in *Precario* rem tenet is, cui conceditur, atque ea utendi facultatem habet: In *Beneplacito* is a quo causa Beneplaciti procedit, eadem sæpe fruitur, velut

velut in jure ingrediendi, quando libuerit, observamus. (IV.) Differunt quoad *Formam*. *Precarium* licet neque verus, & quidem nec nominatus nec innominatus, neque quasi contractus sit. *l. 14. de precar. junct. l.* 17. §. 3. *Commod.* Gregor. Biccius *de Possess. duor. ad l.* 3. *ff. d. Acq. & Am. Poss. Qu.* 6. & Bachov. *vol.* 1. *ad Treutl. D.* 24. *th.* 5. *c.* Dissentiente *præter rationem*, & ne quidem *l.* 10. §. *f. d. Precar.* suffulto Hottomanno, in *Epitom. Digest. T. Commod. in f.* ubi contractum *Do, ut facias, h. e. restituas* esse ait. Contractibus tamen aliquatenus accedit: *v. l.* 23. *d. Reg. Jur.* quale quid de *Beneplacito* asserere non licet. *Precarium* quandoque præsumitur: velut in incorporalibus; Paris. 4. *Cons.* 75. *n.* 7. maxime ubi de alio titulo non constat. Christoph. Besold. 3. *cons.* 118. & *Dd. comm. ad l. qui jure familiarit. ff. d. A. & A. P.* Sed haud unquam *Beneplacitum*, quippe quod semper exprimi debet. Sub *Beneplacito* concedi res potest, ut demum post certum tempus illud exseri possit. At vero nulla est conventio, ne rem precario concessam ante tempus revocare liceat. *l.* 12. *pr. d. precar.* G. Biccius *d. Tr. Qu.* 8. Equidem *precarium* ad certum tempus constitui posse videtur; *l.* 4. §. *f. l.* 5. & 6. *pr. l.* 8. §. *pen. l.* 12. *pr. d. precar.* necnon ad usum certum. *l.* 3. *ff. eod.* Verum illa magis rogantem respiciunt, qui nec ultra id tempus, si quod forte præstituatur, nec alii usui rem adhibere cupiat; non vero concedentem, quo minus is possit illico rem repetere & quandocunque libuerit: cum sufficiat ab initio liberalitatem utilem esse, quanquam ex eventu inutilis fieri possit. *l.* 21. §. *pen. d. fidej. l.* 39. *in f. d. manum. Test.* quæ quidem est *Legis* 12. *pr. d. precar.* sententia: Non recte dissentiente Covarr. *L.* 3. *Resol. c.* 15. Neque enim hic mutuæ sunt præstationes, aut ulla obligationis necessitas; *l.* 8. §. *cum eoque. Eod.* Sed liberalitas aliqua, quæ ad donationis, quam contracti negotii causam, accedat propius. *l.* 14. *ff. eod.* Et quanquam in illo *Beneplacito*, quod huc usque exhibuimus, quicquam adeo conventionis non reperiatur, ut potius illud μονομερῶς iniri, supra traditum fuerit; tamen cum non precibus rogantis detur, sed sponte ad illud quis procedat, omnino legem, quam quis sibi dixit, ut servet, necesse est; nec ullibi naturæ Beneplaciti, quin eo modo per illud quis constringatur, adversum esse, legibus proditum est; Sicut tale quid de Precario reperitur. Quod si tamen *precario* nihilominus tempus quoddam adjectum fuerit, non opus

opus erit eo casu, mutatione voluntatis, seu declaratione ipsius concedentis: (*l. 6. d. precar.*) quæ quidem alias ad finiendum precarium necessaria fuerat: Quid etiam, si Dominus ultra tempus designatum patiatur eum, qui precario rogaverat, possidere? Ita rursus, seu de novo precario concedere intelligitur *per l. 4. & l. seq. ff. d. precar.* At vero si *Beneplacitum* quis sibi ad certum tempus reservaverit, post ejus lapsum istud amplius non superest. (V.) *Finis* in *precario* est, ad utendum, *l. 1. pr. ff. de precar.* Sed longe plures sunt fines, & ampliores, in *Beneplacito.* Sic enim v. c. reservare mihi possum, quem negotio cuidam deputare velim: qua ratione res nec usus rei conceditur.

§. II.

Ulterius (VI.) *Effectuum* quoque discrimen in eo est, quod *Beneplaciti* effectus suspendi queat; non ita in *precario*, quippe quod simulac constituitur, per illud usum rei, qui rogat, consequitur. Deinde *precarii* exercitium à Concessionario pendet: Sed exercitium *Beneplaciti* sæpius à Concedente & dispensante. Porro per *precarium* Dominium rei non transfertur: sæpius autem transit per *Beneplacitum.* Imo Precariarius ne quidem possidet. *l. 6. §. 2. d. precar.* quanquam semper detineat. *l. 2 §. 3. l. 17. l. 15. §. 4. l. 19. h. l. 21. d. A. A. P.* Tum vero etiam possidere potest, quando rogat, non tantum, ut in possessione esset, sed ut rem sibi possidere liceat. *l. 10. §. 1. d. A. A. P. j. l. 4. §. 1. l. 15. §. 4.* qua ratione naturaliter possidet. *l. 7. §. 11. Comm. divid.* l. 13. §. 13. *d. Public. in rem act.* eique adversus eum à quo causam non habet, Interdictum competit. *l. 17. d. A. A. P. l. 1. §. f. uti possidet.* Hinc etiam quando debitor precario nomine bona à creditore possidere sibi licere rogat, ex parte rogantis habetur naturalis, ob insistentiam, possessio: civilis autem in creditorem translata esse censetur. Steph. Gratian. c. 174. *n.* 32. *Discept. Forens.* Sed in *Beneplacito* non detinet semper is qui Beneplacito fruitur. Ulterius in *precario*, ab accipiente lata culpa præstatur; *l. 8. §. 3. h.* nisi moram commiserit. *d. l. §. 6.* Sed nonnunquam res sub lege *Beneplaciti* in alium transfertur, ut ejusdem Dominium habeat: quo casu, uti nemo in re sua culpam ullam præstat, (etiamsi quandoque in re illa Dominium affectum habeat,) ita etiam de culpa ne quidem lata Concessionarius tenebitur: quin & rem alienare

nare poterit, utcunque cum sua causa transeat: ubi si de illa revocanda cogitet is, qui beneplacitum in ea sibi reservavit, an illud Beneplacitum *directis* an *obliquis* verbis conceptum fuerit, respiciendum est. Denique an etiam ratione *Actionum*, quæ ad *Effectus ortos* rediguntur, differentia aliqua inter Beneplacitum & Precarium deprehendatur, experiamur. In *l.* 14. *d. Precar.* nullam dicitur actionem Civilem ex *Precario* competere. Et tamen eum qui *Beneplacitum* sibi reservavit, non una actione Civili instructum esse, supra diximus. Sed hactenus nil differunt. Etenim Paulus in *d. l.* ait, *eo nomine* non competere, *h. e.* ad eum finem, ad quem comparatum est Interdictum de Precario, nempe ad avocandam rei precariæ possessionem. Cæterum, nomine *precarii*, actio P. V. competit: *l.* 2. §. 1. *d. t.* eaque incerti condictio in *l.* 19. *ibid. à Juliano* appellatur: quia non datur ad ipsius rei precario concessæ revocationem; verum ad id quod concedentis interest. *l.* 24. *d. R. J. l. ult. d. prætor. stip.* Cum vero fieri possit, ut is qui rem precario concessit, eandem habere malit, quam quod sua interest consequi, hinc necessarium quoque interdictum fuit: nec vindicatione sola prospectum esse potuit, quoniam non tantum difficilis fuerat probatio Dominii; sed etiam sæpe res aliena precario dari solet. *l.* 7. *ff. d. precar.* Quod si tamen de restituenda re cautum fuerit, Interdictum de Precario non conceditur. *l.* 15 §. 3. *eod.* Utique *Beneplacitum*, ut nullibi specialem Lege proditam actionem habet, ita omnes eidem, pro re nata, deserviunt, quin & affinia prostant remedia, in specie ex similibus comparata: quæ quidem si in ipso Beneplacito fundari velint, per *interpretationem* utiliter eo flectimus. Tandem (VII.) Contrariis differunt hæc Negotia. *Precarium* quoad rem, magis refertur ad finiendum, ut retractatio scil. pendeat a lubitu; sed *Beneplaciti* nomen æque ad constitutionem respicit, ut in his speciebus, *dabo quando, quantumcunque voluero.* Conceditur enim semper eo animo Precarium, ut revocetur: econtra concessio ad Beneplacitum regulariter perpetua esse putatur, cujus retractationem non adeo veremur, cum ejus naturæ sit, ut absque ulla causa revocari non soleat. Est quoque vel maxime notabilis inter Precarium & Beneplacitum in eo differentia, quod *precarium*, si simpliciter & indefinite concessum sit, per mortem concedentis non finiatur: *l.* 8. §. 1. & *l.* 12. §. 1. *d. precar.* rationem aliqui suppeditant, quia concessio ta-

cite dicatur facta sub hac conditione: *donec revocetur:* ut exhinc positio novæ voluntatis requiratur, *per. l.* 1. §. 2. *l.* 2. §. 2. ibi: *Solvere, revocare dict. Tit. Non Obstante*, quod *in l.* 1. *ff. eod.* dicitur: *precarium esse, quamdiu quis patitur.* Nam hoc non idem denotat, ac: *quamdiu volam*: sub qua quidem formula si precarium concessum fuerit, una cum voluntate, per mortem scilicet, extinguitur. Oswald. Hilliger. *Lib.* 14. *Don. Enucl. c.* 34. *lit. c.* Enimvero: *quamdiu patiar.* non designat præcise voluntatem. Hinc etiamsi expresse sub eo modo precarium concessum fuerit, in heredem rogantis transit: quoniam perdurare patientia videtur, quoadusque non fiat contradictio: Estque medium quoddam *Patientia*, inter voluntatem atque contradictionem: *per eleg* 7 *x. l.* 1. §. 3. *d. Tribut. Act.* quam nec accurate tacitam voluntatem, cum Menochio, *L.* 1. *A. J. Q.* 69. *n.* 19. *in alia omnia abrepto*, dixeris. Nil etiam officit τὸ *quamdiu velim*, in *l.* 2. *ff. d. precar.* Siquidem illud in eum sensum accipiendum est, ac si scriptum esset, *quamdiu nolim*: (utut alias diversa sint, nolle & non velle.) Nempe statim sequitur: *& ut possim revocare, cum mutavero voluntatem*: & præsentiebat *Ulpianus*, nisi hoc adjiceret, fore ut quis, a contrario sensu, naturæ precarii quid adversum inferret. Quod si tamen expresse per hæc & similia verba: *quoad, quamdiu, donec valeam*: Precarium quis circumscripserit: Tunc quia adjectio ejusmodi tractum voluntatis continuo durantis innuit; hæc ipsa autem morte abrumpitur: Ideo etiam morte precarium, contra ordinariam & communem ejus naturam, expirabit. Bachov. *v. l.* 4. *ff. Locat. Exercit. ad Anton. Fabr. Dec.* 77. *error.* 1. Jam vero *Beneplacitum* naturam magis *indifferentem* habet, adeo ut an morte illud desinat, ex personarum potius concedentium, ut & rei concessæ qualitate & respectu, aliisque circumstantiis, æstimari debeat. Quanquam enim, inter cæteros, Mascardus *vol.* 1. *d. probat. concl.* 188. *n.* 22. *seqq.* in eam veniat sententiam, quod *Precarium ad Beneplacitum* concessum, (qua ratione duo illa miscet negotia,) per mortem concedentis non finiatur; In processu tamen ad illam formularum distinctionem delabitur, ut hoc verum sit, cum hoc modo facta fuerit concessio: *quoad voluero*; non etiam quando hæc adhibita fuisset: *donec revocavero*: De quo quidem uti nullum dubium esse poterat: Ita prædicta illa Opinio, quod *Beneplacitum absolute positum* ultra mortem concedentis protendatur, nemini unquam se proba-

Digitized by Google

probaverit. Nobis autem finiendum eſt, poſtquam B. Lectorem, quoad *Precarias Canonicas*, ad *l. 14. §. 5. C. d. SS. Eccl. & c. 2. Leg. Alemann. in Cod. Antiqu. Leg.* Frider. Lindenbroggii: *tum &* G. Franzk. *c. XII. d. Laudem*, ac prolixam eruditamque Tractationem, Joſeph. Gibalini *part. 2. d. Uſur. Lib. 4. c. 2. art. 2. ſeqq.* ſed &, quod *Gratificationem*, ad illos, qui Menochio *Lib. 2. A. J. Q. Cent.* 3. *qu.* 255. citantur, remiſerimus: nam & hæc non minus Affinium numero accenſenda ſunt.

Diſſertatio Inauguralis de Jurisjurandi Invalidate, von ungültigen & vergeblichen Eydschwüren, *Præſide* NICOL. CHRISTOPH. LYNCKERO, *JCto*, *Hæreditario* in Fluhrstedt und Kötschau, *Conſiliario Aulæ, Regiminis Saxo-Vinarienſis Intimo, Facultatis Juridicæ Seniore & Anteceſſore Primario, Collegii Juridici Decano*, FRIDER. GOTT-LIEB. BLUMBERG. *Jenæ, Menſe Auguſt.* 1688.

PROOEMIUM.

QUanquam Jusjurandum ſit ſpecies cultus divini & religionis. *l. 36. in pr. ff. de fideic. libert. c. etſi Chriſtus. 26. X. de Jurej.* unde etiam non immerito vinculum religionis audit. *l. 1. C. d. in lit. jur.* & nullum vinculum eodem præſtantius perhibeatur à Cic. *l. 1. offic.* imo nullum ad conſervandum politicum ſtatum & ordinem Jurejurando Romano arctius eſſe, nullumque ſanctiori cura inviolatum cuſtodiri voluerint. Agell. *l. 1. noct. Att. c. 18.* Vid. P. Ærod. *l. 2. rerum judicatarum tit. 16. de offic. cenſor.* Jac. Ebert. *in tr. de hiſtoria juram.* ut proinde religioſe ſancteque ſervandum ſit. Hinc etiam multi ſunt effectus præſtiti juramenti: ut nempe 1.) præcidat Controverſias; 2.) ex mutua partium conventione præſtitum retractari amplius non poſſit; 3.) defectum

 pro-

probationis suppleat; *l.* 30. *de Jurej.* 4.) habeat vim transactionis & rei judicatæ. *l.* 2. *ff. eod. l.* 21. *ff. de dol. mal.* 5.) quando contractui vel actui, lex aliqua non assistit simpliciter, veruntamen fieri illum non prohibet, juramentum illum firmet. *l.* 10. *C. de pact.* Vid. Petr. Gregor. *Synt. J. univers. l.* 50. *c.* 5. *ibi de confirm. contract. juram.* 6.) Vim habeat excludendi omnes exceptiones, quæ ex persona ejus, quæ eum agimus, peti solent. Grot. *l.* 3. *c.* 1. *n.* 19. 7.) Vim novationis. *l.* 26. §. *ult. de Jurej.* 8.) Ætatem suppleat, ut minor habeatur pro majore. *arg. auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* 9.) Pariat obligationem, ita, ut ea à juramento sit inseparabilis, & effectum ejus necessarius. Grot. *d. l n.* 2. 10.) Ex obligatione Jur. Civili non efficaci, faciat efficacem obligationem; facit enim ut actus omni meliori modo valeat, quo valere potest. *l.* 77. §. 23. *ff. de leg.* 2. Schneid. *ad* §. 11. *Inst. de Act. n.* 56. & qui sunt adhuc plurimi, relati à Seraphin. *in tr. de priv. jurament.* Attamen, his non obstantibus, juramentum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quanto* 18. *X. de jurej.* quapropter innumeri etiam dantur casus, in quibus omnem vim & efficaciam perdit, adeo ut etiam plane invalidum reddatur, atque magis justum sit ab eo recedere, quam injustum cum detrimento salutis servare. De his igitur, cum mihi quædam eruditorum disquisitioni in hac inaugurali Disputatione submittere animus sit, hinc statim bono cum Deo me ad propositam materiam converto enucleandam.

CAPUT I.

GENERALIA

Quædam ratione Etymologiæ, Homonymiæ, Synonymiæ & definitionis exhibens.

SUMMARIA.

1. *Etymologia jurisjurandi.*
2. *Differentia specifica.*

3. *Syn-*

3. *Synonymia.*
4. *Definitio.*
5. *Invaliditatis etymologia.*
6. *Quotupliciter jusjurandum invalidum fiat.*

§. I.

UNde Jusjurandum derivatur notum est, nempe à jure & verbo juro, unde jurejurare, quod est quasi severare. Georg. Obrecht *in tr. de Jur. calum. c. 1. n. 7.* Mancin. *de Juram. p. 1. in præf. n. 3.* à jure enim dicitur, quod id, de quo jusjurandum est præstitum, pro lege habendum & veluti jus sit sancte servandum. *l. 5. §. 2. ff. de Jurej.* Germ. **Eyd oder Ayd.** de qua voce vid. Besold. *in Thes. Pract. h. v.* & Jacob. Ebert. *in histor. juram. rubr. de voculis germanicis.*

§. II.

Accipitur vox Jurisjurandi hic pro illo actu religioso, quo agens sub invocatione Numinis de fide sua testatur, ut si id, quod dicit, à veritate sit alienum, vel si fidem fallat & jurata non servet, gravissimis, ultore Deo, pœnis sese exponat. *l. 1. l. 2. C. de Jurej. propt. calumn. dand. l. fin. C. de fideicommiss.* & sic excluditur 1.) *nuda obtestatio*, qua quis frequenter & post alterum pene prolatum verbum ex mera temeritate aut perversâ consuetudine jurat, ut & 2.) *dira mali cujusvis imprecatio & execratio.* Wesenb. *in par. ad tit. ff. de Jurejur.* Manz. *ad art. 44. Ord. Crim. n. 20.*

§. III.

Varie etiam appellatur, nam dicitur & sacramentum *l. 8. C. de reb. cred. l. 12. eod. l. 1. l. 2. §. 6. & 7. C. de Jurejur. propt. calumn. dand. l. 21. C. de fide instr.* item: Juramentum *l. 25. §. 3. ff. de prob. l. 34. §. 5. ff. de Jurej.* rejecto veteri discrimine inter juramentum & Jusjurandum; quod hoc rei litigiosæ esse dicebatur. Et hæc tria verba, *sacramentum, jusjurandum, juramentum*, semper pro uno eodemque sumuntur, ut constat *ex tit. D. & C. de Jurej. de in lit. jur. auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit.* nec in Civili tantum, sed etiam Canonico Jure, Panorm. *in rubr. X. de Jurej.* & passim Mancin. *de Juram. p. 1. in præ-*

 fat.

*fat.n.*1. Quamvis ſacramentum aliquando latius ſumatur pro actu, qui atteſtatione ſacræ rei firmatur, & militare potius, quam forenſe eſſe vocabulum. *l.*8. *C. de Legat. l.*2.§.*miles.ff. de his, quæ ut indign.* Benekendorf. *ad Seraphin. præfat. n.* 2. Sect. *l.* 1. *c.* 1. *n.* 8. idem dicitur religio *l.* 24. *ff. de Jurej.* Jurisjurandi religio *l.* 6. *C. de R. Cr.* Religioſa aſſeveratio, Suarez. *tom.* 2. *c.* 1. *de Jur.* Vinculum religionis *l.* 1. *C. de in lit. jur.*

§. IV.

Et deſcribitur, quod ſit rei alicujus aſſeveratio legitime facta per invocationem Dei in teſtem. Ratione reliquorum, quæ reſtant præmittenda generalia, Lectorem ad Commentatores *ad tit. ff. de Jurej.* remitto. Jam modo exponam quænam vincula jurisjurandi invalida ſint, vel quæ non ſervanda.

§. V.

Invaliditatis vox derivationem trahit, ab *in*, & validitas, ſive valido; i. e. quod non valet; Particula *in* autem hic non augmentationem in ſe continet, ſicut Servius exponit *in lib.* 6. *Æneid. Virg.*

Invalidus vires ultra ſortemque ſenectæ

& quod idem ſit ac *valde validus*: ſed diminutionem, & ſignificat uſitatiori acceptione *in* idem ac *non*: hinc invalidum Germanice **ungültig, nichtig, untüchtig.**

§. VI.

Vinculum igitur religionis ſive jurisjurandi multis & variis modis evadit invalidum, ut exinde illud non ſervare omnino juſtum ſit, & accidit vel ex defectu formæ eſſentialis & modi; vel propter defectum intellectus, & conſenſus, qui ſeſe exerit in perſona jurantis; vel propter rei vel facti qualitatem, vel propter invaliditatem contractus; vel per dolum, vim & metum, vel annullatur per relaxationem & abſolutionem; de quibus ſingulatim.

CAPUT II.

SPECIALIA,

Et quidem invalidum jurisjurandi vinculum ex defectu formæ essentialis & consensus jurantis, exhibens.

SUMMARIA.

1. *Defectus formæ essentialis.*
2. *In quo hæc consistat.*
3. *Juramentum an sit ipsa invocatio numinis divini.*
4. *Juramentum per deastros.*
5. *Per creaturas.*
6. *Ob defectum animi deliberati non obligantur furiosi.*
7. *Ebriosi.*
8. *Irati.*
9. *Prodigi.*
10. *Impuberes.*
11. *Errantes.*
12. *Dolo inducti.*
13. *De vi & metu compulsis.*
14. *Juramentum verbis præstandum.*

§. I.

INvalidum sacramentum existit, & ut non servetur, justum est 1.) propter *defectum formæ essentialis & modi*, quæ si non fuerint observata in præstatione juramenti; Forma enim dat esse rei & per æquipollens, adimpleri nequit *l.* 8. §. 17. *ff. de transaction. l.* 9. §. 3. *ff. ad exhib.* Nicol. Boer. *dec.* 1. *n.* 44.

§. II.

§. II.

Dixi ex defectu formæ essentialis, quæ consistit *in solius & veri Dei invocatione* in testem de asseveratione rei certæ cum tacita imprecatione pœnæ, super re, de qua juratur. Ipse enim solus ut omnipotens adoratur, ipse etiam solus ac omnipotens in conscientiæ nostræ testem & perfidiæ ultorem invocatur. *Deut. VI.* 13. 20. *Ebr. VI.* 16. Nam defectus formæ accidentalis, quæ includit ceremonias & ritus; ut elevationem dextræ manus, Evangeliorum tactum, juramentum non vitiat. Carpzov. *dec.* 199. *num.* 9. *p.* 2. Coler. *de Proc. Exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 285. Stryk. *in tr. de Jur. sens. diss.* 7. *c.* 1. *n.* 33. *& seqq.* Nec desunt quidem, qui ratione tactus Evangeliorum dissentiunt, ut Baldus *in l.* 12. §. 5. *C. de reb. Cred.* quod illud proprie juramentum dicatur, ubi Sacræ Scripturæ manibus tanguntur, per *Clem.* 1. *de usur.* quem sequitur Jason, *in auth. sacramenta puberum. n.* 14. *C. si advers. vend.* Hinc etiam in Camera ad Deum & per SS. Evangelia juratur. *O. C. p.* 1. *pag.* 273. *& seq.* Verum cum juramentum divini nominis invocatione substantietur, & absolvatur ad fidem jurantis confirmandam, prout ipse Baldus. *ad rubr. ff. de Jurej.* fatetur; Concludendum potius, quod *tactus Evangeliorum* non requiratur *nisi per accidens.* Cum in his multum locorum varietas variet.

§. III.

Non vero ex his colligendum, quod juramentum sit ipsa invocatio numinis divini juxta quorundam opinionem; sed potius per eandem juramentum præstatur & absolvitur; perinde ut instrumentum publicum non potest dici publicatio solennium, sed quod fiat per solennium publicationem; id autem per quod res, ut ita dicam, solennitatur, non est res ipsa, sed potius solenne ejus requisitum.

§. IV.

Quoniam igitur per solum & verum Deum jurandum, sequitur, quod ejusdem, hac non observata forma, jusjurandum per *Deastros* præstitum, non obligat. *l.* 3. §. 4. *l.* 5. §. 3. *ff. de Jurej.* ratio: quia religionis publicæ improbatæ jusjurandum pro juramento non habe-

habetur. Gothofr. *in not. ad d. l. 5. §. 3. lit. m.* Non obstat *c.* 10 *qu.* 5. *caus.* 22. Eum, qui super lapidem falsum jurat, perjurum esse: Non enim loquitur de vero perjurio, sed simplici fidei violatione, gravi per se peccato. Covarr. *ad c. quamvis. 2. de pactis in 6to. §. 1. p. 1. n. 24.* ubi & recte censet, quod si juratum per Deos, quos falsos jurans agnoscit, deficere jurisj. definitionem, cum nec re, nec opinione divini Numinis obtestatio adsit. Et inquit Parlad. 2. *rer. quot.* 4. *n.* 7. ut id servetur, non fieri jurisj. reilgione, sed humanæ fidei obligatione: vel poterit dici perjurium ex opinione Ethnici, cui juratur, & quia sub specie juramenti à Christiano fallitur, ideoque insignis perfidia etiam respectu hujus perjurium vocari posse, affirmat Struv. *Exerc.* 17. *th.* 5.

§. V.

Sic jusjurandum per *creaturas*, *Angelos & sanctos* præstitum statim injustum & nullum existit; Quia contra essentialem formam juramentorum est per creaturas jurare, quod etiam expresse prohibetur à Christo. Matth. 5. 34. 35. &c. *etsi Christus.* 26. *X. de jurej.* Deinde, quoniam & Deus ut ultor perjurii invocatur, absurdum esset, juramentum concipi per aliquam rem, quæ opinione divinitatis destituitur, hoc nimirum sensu, ut illa res testis atque ultrix perjurii vocetur. Puffendorf. *de Jur. N. c.* 2. *l.* 4. Et nihil in contrarium faciunt reperta exempla in sacris, quod Moyses per cœlum & terram *Deut.* 39. *v.* 19. & Josephus *Gen.* 42 *v.* 15. juraverint; ibi enim non per cœlum & terram tanquam Dei alicujus nomen, aliquid afferitur, sed tanquam per obtestationes & formulas civiles, quibus aliquid in sermone confirmatur, ut habentur *l.* 13. §. *f. ff. de jurej. l.* 14. *C. de transact. l.* 2. *C. de jurej. l.* 4. *ff. eod.* veritas declaratur.

§. VI.

Præterea requiritur ut juramentum fiat *animo deliberato.* Grot. *l.* 2. *c.* 13. §. 3. & verbis ore prolatis; de quo infra. Unde juramento haud obstrictus est, qui non putans se jurare, verba jurantia protulit, vel etiam ejusdem verba concepta, in prima, ut loquuntur, persona alteri præivit. *ad d. l.* 3. §. 2. *ff. de O. & A.* Sic apud multos

jurantes ſeſe non deliberatus animus ex defectu intellectus, animi & conſenſus exerit, ut inde non obligentur; quod apparet in juramento 1.) *Furioſi* tempore furoris, qui ex juramento præſtito non obligatur, dum ipſi conſenſus deeſt & deliberatus animus; juramentum enim non obligat ubi deeſt conſenſus *l. ult. C. de non num. pec.* Quod autem furioſus nullum conſenſum habeat, apparet *ex l. 2. C. de contr. emt.* & mens ipſius ſe ipſum non noſcit, miſerabilisque infortunio premitur. *Nov. Leon.* 112. & ſic omni caret intellectu *l. 14. ff. de offic. præſid.* nec animum habet *l. 7. §. 9. ff. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* adeo ut neque Curatoris conſenſu interveniente, quod geſtum eſt ab ipſis, confirmetur. *l. 5. ff. de Reg. Jur.*

§. VII.

2.) *Ebrioſi*, qui promiſſionem juramento confirmavit, ob nullitatem ex defectu legitimi conſenſus, quem ſumme ebrius non habet, & propterea furioſo aſſimilatur, qui uſu rationis privatus *arg. c. 14. X. de vita & hon. cleric.* Nam ebrietas mentis inducit exilium. *c. 7. cauſ. 15. qu. 1.* imo puero ſimilis eſt furioſus, ut Plato *in L. 1. de Leg.* confirmat. Hect. Felic. *de ſociet. c. 7. n. 8.*

§. VIII.

3.) *Irati*, cujus ira rationem omnem excluſit. *l. 8 ff. de R. J. l. 2. C. ad L. Jul. Maj.* niſi per perſeverantiam convalidetur; nam ex ea animi deliberatio præſumitur. *l. 38. §. 6. ibi: & ideo abſtinenti. ff. ad L. Corn. de adult.*

§. IX.

4.) *Prodigi* jurata promiſſio, ſcil. poſtquam ipſi à Prætore bonis interdictum fuit, nulla eſt, quia huic moraliter deficit conſenſus, & propterea ratione effectus, quoniam nimium obligando ſe & dilapidando bona, rerum ſuarum furioſum facit exitum. *l. 12. in fin. ff. de Tut. & Curat. dat.* ita furioſis æquiparantur *l. 1. ff. de Curat. furioſ.* & uterque habetur pro errante, *l. 20. ff. de aqu. pluv. arcend.* quod igitur ex errore nullum eſt, nec juramento confirmari poteſt. *l. 14 §. 3. C. non num. pec.* & juramentum non ſupplet defectum conſenſus *d. l. 13. §. 1.*

C. non

Digitized by Google

C. non num. pec. Roman. *in Conf.* 517. *col. pen.* Aret. *in Conf.* 14. Surd. *Conf.* 38. *n.* 9. *lib.* 1. Menoch. *Conf.* 806. *n.* 11. *lib.* 9.

§. X.

5.) *Impuberum*, quoniam enim horum juramentum pariter deficit comite judicii, quod ad ejus validitatem maxime requiritur; *c.* 26 *X. de jurejur.* Quin nec impubes voto obligatur *c.* 11. *X. de regular. c.* 1. *eod. in* 6*to.* E. nec jurejurando, cum utrumque Deo præstetur. Fachin. *l.* 3. *contr. c.* 10. Hillig. *ad Don. l.* 21. *c.* 13. *lit. D.*

§. XI.

Huc pertinet 6.) *Errore* elicitum juramentum, quippe qui maxime obest intellectui jurantis *l.* 57. *ff. de O. & A. l.* 76. *ff. de R. Jur.* nam certum est, eum qui juravit, factum aliquod supposuisse, quod revera ita se non habebat, ac nisi id credidisset, non fuisse juraturum, imprimis, ubi per dolum ejus, cui juratur, in errorem fuerit conjectus. Nam factum illud habet vim *Conditionis*, qua non apparente, quæ superstruuntur, corruunt. v. gr. si quis ex remotis locis lætum alicui attulerit nuncium, ob quem aureos montes promiserit jurato, postea autem falsa ipsi nunciata esse deprehenderit, minime juramento tenetur. Tale enim juramentum, quantum errori superstruitur, est invalidum. Puffend. *in J. N. libr.* 4. *c.* 2. §. 7. Benekendorf. ad Seraphin. *priv.* 61. *n.* 26. Rauchb. *p.* 2. *qu.* 4. *n.* 37. *& seq.* Seraphin. *pr.* 83. *n.* 59. idem statuens, & si *minor* juraverit de contractu servando, si in ætate erraverit, *falso se majorem* putans, juramentum non valeat. Trentac. *l.* 2. *pract. ref.* 1. *tit. de min. num.* 17. Quare nec condictio indebiti sic impeditur per juramentum. Mauric. *de restit. in integr. c.* 113. *n.* 8. Unde etiam *confessio delicti erronea*, quamvis judicialiter & spontaneo facta, etiamsi fuerit jurata, nulla est, & revocari potest, per tradita Guazzin. *in def. reor. d.* 32. *c.* 10. *n.* 1. *&* 2. *in fine.* ex Ant. Gomez. *tit. de delict. c.* 1. *n.* 66. Mascard. *concl.* 345. *n.* 39. Franc. Pers. *de indiciis & tortura. n.* 31. Honded. *Conf.* 102. *n.* 42. *Vol.* 1. Bajard. *qu.* 55. *n.* 61. *& seqq.* ubi reddit illam rationem, quia nemo potest defensionibus suis renunciare, cum non sit Dominus membrum suorum. Petr. Caball. *caf.* 186. *n.* 82. & contestatur Hieron. Hispan. *in tr. Com. contra Commun. qu.* 650. *n.* 1. & quamvis reus sub quacunque verborum

forma juraverit; imo etiam si juraverit plenam & verum super contentis in inquisitione dicere veritatem, ut de communi post alios, quos allegat, asserit Modern. Rom. *in qu.* 81. *num.* 319. ubi tamen allegat contrarium tenentes. *Imo non legitimis præcedentibus indiciis* facta confessio, non præjudicat confitenti, etiamsi fuerit jurata. Marſ. *in l.* 7. *ff. de quæst. n.* 67. *& seqq.* Mascard. *de probat. concl.* 353. *n.* 3. Bertrazz. *c.* 39. *n.* 8. *cap.* 49. *n.* 29 *&* 52. *Vol.* 1. Et hoc porro procedit, quod nec confessio *extorta sine legitimis indiciis* per millies factam ratificationem convalidetur, quamvis etiam ratificatio fuerit jurata. Mascard. *de probat. concl.* 353.

§. XII.

7.) Juramentum præstitum *per dolum verum* ipso jure non obligat jurantem, si verus est dolus, qui excludit consensum *c. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. Paris. *conf.* 26. *n.* 64. *Vol.* 3. Tunc autem intelligitur per dolum exclusus consensus, quando commissus est per machinationem, vel fallaciam aut deceptionem: exemplum est in contractu simulato, qui, quamvis jurato factus, nullus est; *gloss. in l.* 3. *emptione. C. plur. val. quod ag.* Corn. *in Conf.* 125. *col.* 4. *Vol.* 1. *Conf.* 121. *col.* 3. *ad fin. Vol.* 2. ubi præterea dicit, quod si contractus ex forma statuti reputatur fictitius, juramentum illum non confirmet; quia non intelligitur celebratus, ex quo deficit consensus, & idem voluit *in Conf.* 167. *Col.* 2. *in lit. K. eod. Vol.* Tiraquell. *de jure constit. in* 3. *part. in* 7. *limit. n.* 32. & sic juramentum non potest facere verum, quod est falsum, Ruin. *Conf.* 175. *col.* 3. *v.* 6. *Vol.* 1. & quia contractus simulatus non habet fundamentum consensus, hinc est tanquam corpus sine anima & spiritu, ut dixit Bald. *in l.* 1. *C. plus. val. quod agitur, quam quod simulate concipitur*, & ideo non dicitur contractus, cum deficiat in substantialibus. Bart. *in l. nemo potest.* 55. *ff. de leg.* 1. Hinc etiam talis contractus dicitur coloratus & depictus, in quo quidem extrinsecus apparet aliquid; sed intrinsecus non habet substantiam. Bald. *in l. ab Anastasio.* 23. *not.* 4. *C. mandat.* Cum itaque deficiat consensus, juramentum non obligat, nec requiritur absolutio. Corn. *Conf.* 135. *col.* 4 *Vol.* 1: Bald. *in d. l.* 3. *C. plus val. quod agit. quam &c.* & cum actus est ipso jure nullus, *l. emtor,* 12. *ff. de aqua pluv. arc. l. nuda.*

55. *ff.*

55. *ff. de contr. emt.* quæ jura in hunc finem citat. Alex. *Conſ.* 142. *col. pen. num.* 5. *Vol.* 5. ergo non poteſt firmari juramento. Marſ. C. 125. *n.* 7. Coler. *de Proc. executiv. p.* 1. *c* 10. *n.* 32. & *Conſ.* 29. *n.* 144. & *ſeqq.* Hering. *de fidejuſſ. c.* 9. *n.* 45. Proinde enim eſt ac ſi juraverit, ſe ſervaturum nihil ſi nihil contractum eſt. Coler. *d. n.* 32. & ut actus ipſe, ita & jusjurandum verum non eſt, ſed ſimulatum. Maur. *de reſtit. in integr. c.* 119. *n.* 13. Unde ſtatuto ſi caveatur, ut contractus minoris ſine certis ſolennibus præſumatur ſimulatus, cum juramento non convalidari cenſent. Gutierez. *in auth. ſacramento puber. C. ſi adv. vendit. n.* 45. ubi & ſcribit: ita indirecte poſſe tolli ſtatuto vim juramenti, inducendo prius ſimulationem ac dolum, & hanc opinionem in praxi obſervandam eſſe. Hillig. *ad Don. l* 21. *c.* 13. *lit. C.* Etiamſi ſubeſt dolus *præſumtive* talis in contractu, nec tunc juramento confirmari poteſt. Panorm. *in c. cum contingat,* 28. *X. de Jurej, not.* 3. Farin. *dec.* 42. *n.* 17. Pruckm. *conſ.* 2. *n,* 328. Schurf. *conſ.* 17. *n.* 2. *cent.* 1. Schrad. *Conſ.* 1. *n.* 122. Surd. *Conſ.* 87. *n.* 11. *lib.* 1.

§. XIII.

De *vi & metu* extorto juramento mire inter ſe diſcrepant Dd. ut videre eſt apud Fachin. *L.* 8. *c.* 102. Legaliſtæ enim communiter tenent talia juramenta ipſo jure nulla eſſe, per text. expreſſum *auth. ſacrament. puber. C. ſi adverſus vendit.* imprimis quoniam Jus Canonicum huic ſententiæ *in c.* 4. *de his, quæ vi & met. cauſa fiant. X. de jurej.* adſtipulari videtur; ubi ait Pontifex: quod quæ vi metusque cauſa fiunt, carere debere robore firmitatis, & *c. non obligatorium.* 58. *de R. J. in 6to.* Deinde ipſe Pontifex *in c.* 28. *X. de jurej. & c. quamvis,* 2. *de pact. in* 6. dicit: ſervanda eſſe juramenta, quæ non vi, non dolo extorta ſunt, neque vergunt in diſpendium ſalutis æternæ, aut in alterius præjudicium. E. juramenta vi & metu extorta ſervare nemo tenetur. Et huic opinioni accedit Panorm. *in d. c. cum contigat.* 28. *X. de Jurej.* & quidem cum limitatione, dicens: *aut* enim juramentum vi & metu extortum interpoſitum eſt facto nullo jure prohibito. v. gr. ſi quis juraverit vi & metu, rem ſuam vendere, hoc juramentum merito obligat jurantem; ita ut contravenire non poſſit, niſi prius ab eo ſit abſolutus; nam non vergit in diſpendium ſalutis æternæ,

& solum præstitum est super eo, quod nullo jure prohibitum est, *aut* pacto & actui, principaliter favore & odio privati, secundario vero favore publico de jure illicito & prohibito accedit; tunc ejusmodi juramentum coactum, ob duplicem defectum, puta *legis prohibentis* tale pactum, & *consensus*, ratione violentiæ & metus, ipsum juramentum non obligat, *per text. d. c.* 28. *X. de jurej.* argumento à contrario sensu ducto. Nam unicum juramentum non potest adimplere duos defectus. Dec. *Consil.* 249. *num.* 3. & ita in Camera fuisse observatum attestatur Gail. *l.* 2. *observat.* 42. *in fine.* e. g. Filia si renunciat hereditati paternæ cum juramento; tunc talis renunciatio valet, nisi vi & metu ad renunciandum inducta. *c. quamvis.* 2. *de pact. in 6to.* Ubi communiter Dd. *in l. stipul. hoc modo concepta.* 61. *ff. de Verb. Obl.* Bald. *in l. pactum dotali.* 3. *n.* 1. *C. de Collat.* inferunt; quoties duplex vitium in juramento vi & metu extorto super re de jure prohibita; nempe 1.) legis resistentia & 2.) vis & metus intervenit, toties his casibus juramentum præstitum non est obligatorium. Panorm. *d. l. num* 3. Felin. *in c. si vero* 8. *num.* 8. *vers. hanc conclusionem. X. de Jurej.* Spec. *tit. de Legat.* §. *nunc videndum. num.* 25. *in fin.* Hisce tamen non obstantibus, juramenta metu extorta obligationem parere; & ab hujus vinculo absolutionem necessariam defendunt Canonistæ communiter. *per c. si vero.* 8. *X. de jurej.* Ungebauer. *L.* 2. *Decret. ad tit.* 24. *de jurej. n.* 22. Præsupponendus tamen hic est unicus defectus in hoc juramento; alias priori sententiæ sine dubio locus foret; & duplex vitium non suppleret. Pugnam autem hanc & dissensum Dd. & textuum in Jur. Civ. & Can. sic componere voluit duplici distinctione Fachin. *all. c.* 102. Aut enim juramentum metu extortum est super contractu à legibus reprobato sive illicito; aut iisdem approbato. Priori casu juramentum est nullius momenti, ob duplex vitium: nempe ratione *rei illicitæ*, ob quam præstitum est contra legem; & ratione *defectus veri & pleni consensus*, & ita accipiendum esse *c. cum contingat.* 28. *X. de Jurej. & c. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. & Imperat. Friderici Constitutio *in d. auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* Posteriori casu obstringit jurantem, & ita absolutione à juramento opus est. Et ita accipiendum *c. verum.* 15. *& c. si vero.* 8. *X. de Jurej.* Deinde *distingu.* inter forum *internum* scil. conscientiæ, & forum *externum*, in quo nos versamur, sub magistratus imperio

& ju-

& jurisdictione. In foro enim conscientiæ obligat, non in foro externo. In hoc juramento enim, quod quis coactus fecit, duplex est obligatio, una quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio per coactionem, quia ille, qui vim intulit, hoc meretur, ut ei promissum non servetur. Alia autem est obligatio, qua quis Deo obligatur, ut impleat, quod per nomen ejus promisit, & talis obligatio non tollitur in foro conscientiæ, quia magis debet temporale damnum sustinere, quam juramentum violare Et sic *c.* 8. *&* *c.* 15. *de jurejur.* loquitur de obligatione juramenti quoad Deum, ut patet ex illis verbis: *Tutum non est, quemlibet contra suum juramentum venire*; & rursus: *ne autores perjurii videamur.* Sic *auth. sacramenta pub.* ad forum externum recte applicari dicit Fachin. *all. l.* Tandem Gloss. *in c. necessitatem.* 25. *qu.* 6. tres casus excipit, ut juramentum metu extortum non valeat, sic Socinus *in reg.* 206. ejusmodi casus etiam refert, in quibus tale juramentum non servandum. De matrimonio ex metu juramento contracto *vid. infra c.* 6. §. 9.

§. XIV.

Denique ex *c. etsi Christus.* 26. *X. de jurej.* apparet, ad præstationem juramenti *verba* esse *necessaria*; dicitur enim ibi: *Juramentum esse sermonem.* & *Nov.* 16. *c.* 7. ubi prohibetur præsidibus, ne *verbum* i. e. juramentum temere cuiquam indulgeant. scil. his, qui fari possunt. Bart. *ad l.* 12. *ff. de accept. c. pen. X. de* Jurej. Unde colligitur, non sufficere jurandi mentem, nisi & verba juramentum significantia fuerint expressa; Hoc igitur præsupposito, sequitur quod *relatio ad aliud juramentum* non valeat quoad effectum veri juramenti, quamvis ea fiat per ipsum jurantem. Hippol. de Mars. *in sing. suo* 415. Covarr. *d. c.* 2. *de pact. in* 6. *p.* 1. *præf. n.* 5.

CA-

CAPUT III.

Invaliditatem juramentorum ratione rei turpis, illicitæ, inhonestæ &c. enucleat.

SUMMARIA.

1. *De re turpi.*
2. *De sciente & ignorante rem esse illicitam.*
3. *Juramentum contra bonos mores.*
4. *Quod prohibitio juris civilis non attendatur jure canonico, sententia Covarruviæ.*
5. *Homicidium vel sacrilegium jurato promissum. Juratum rei turpis mandatum.*
6. *Patrocinium causæ juratum licet non præstandum apparente ejus injustitia.*
7. *Amantis juramentum.*
8. *Quid de milite.*
9. *Jusjurandum testis de non perhibendo testimonio.*
10. *Pacta circa successionem viventis & non consentientis.*
11. *Num versetur in tali pacto votum captandæ mortis.*
12. *Pacta de successione jurato consentientis.*
13. *Pactum de quota litis.*
14. *Antichresis jurata.*
15. *Pactum commissorium.*
16. *Res impossibilis jurato promissa.*

§. I.

PORRO propter rei & facti qualitatem, etiam invalidum & nullum fit jusjurandum: v. gr. si res vel turpis, inhonesta, iniqua, & illicita, impossibilis, contra bonos mores, leges divinas, naturales & humanas, in obligationem juratam deducta; uti videre est *in caus. 22. quæst. 4. per tot.* Absurdum enim est invocare vindictam divinam, niali-

ni aliquid feceris, quod sub comminatione pœnæ à Deo est interdictum: adeoque reverentia Dei, velut in ipsius ignominiam, abuti. Ac introducta sunt juramenta, ut licitis & bonis actionibus inter homines firmitatem addant, non ut sceleribus succenturientur, inquit Puffend. *L.* 4. *c.* 2. §. 9. *de J.N.*

§. II.

Hic etiam notandum, quod illicitum quoque juramentum ex eo dicatur, & servari prohibeatur, quod scitur esse illicitum, dum juratur. Si autem nescitur illicitum esse, ipsa ignorantia excusat; si putetur licitum esse, non ex ignorantia juris, sed facti. Aliud enim est, si alicujus copula credatur esse licita, quia nescitur esse consanguinea, vel quia creditur esse vidua; Aliud si ita putatur licita, quia consanguinearum vel relictarum copula nullo jure credatur esse prohibita. *Hic* enim est ignorantia juris, quæ neminem excusat; nisi cui permittitur jus ignorare; *ibi* vero ignorantia facti, qua quisque vere excusatur. Quod autem illicitum juramentum servari prohibetur, non est adeo generaliter intelligendum. Juramentum namque debet habere *tres Comites*; *Veritatem, judicium, & Justitiam. c.* 26. *X. de Jurejur.* ubi autem isti defuerint, non est juramentum, sed perjurium. Gloss. *ad c.* 23. *caus.* 22. *qu.* 4. §. 3. Imo, etsi *res* quæ jurato permittitur in se non illicita, non tamen valebit jusjurandum, *si per id impediatur majus bonum morale*; sive ubi prohibemur obire aliquod officium humanitatis ac pietatis. Hinc juramentum, quo quis se obstringit, ut honestam aliquam, & humano generi utilem artem alteri non communicet; adeo, ut neque per jurantem ipsum, neque per alios ejus artis conscios usibus humani generis satis prospici permittat ac velit, non valet. Puffend. *d. l.* §. 10. Huc quadrare videtur *c.* 12. *X. de Jurej.* ubi dicitur: si quis juraverit, non loqui patri, vel matri, sorori vel fratri, aut eis humanitatis subsidium non exhibere, absolvendus sit ab illius juramenti observantia, cum illicitum sit & impedimentum bonorum. Pariter non valet juramentum Monachi claustrum abjurantis, cum temerarium sit & contra datam fidem. *c.* 13. *X. eod.* vid. Sot. *l.* 8. *de Just. & J. qu.* 1. *art.* 7. *c.* 16. *X. eod.* ubi dicitur: quod is, cujus mandato stare juravit, si aliquid præcipiat contra juramentum per ipsum prius licite factum, illud servare non teneatur.

§. III.

Tandem contra bonos mores juramenta præstita sunt ipso jure nulla. *c. non est obligatorium*, 58. *de R. J. in 6to.* Sed notandum aliter à Dd. & Interpret. bonos mores Jure Civili, aliter de Jur. Canonico considerari, in quo prohibitio Juris Civilis non attenditur, quando juramentum super eo, quod absque dispendio salutis æternæ servari potest, interponitur. *c. cum contingat.* 28. *X. de Jurejur. c. quamvis*, 2. *de pactis in 6to.* Nam de Jure Canonico illud contra bonos mores esse intelligitur, cujus observatio nutrit peccatum, & per consequens in dispendium salutis æternæ vergit; quando videlicet juramentum præstatur super eo, quod *turpitudinem* aliquam in se continet; aut *principaliter est contra utilitatem publicam*, *c. si diligenti.* 12. §. *fin. X. de for. compet.* aut quando præstatur *contra legem perpetuam causam prohibitionis habentem.* Hisce casibus non valet juramentum etiam de Jur. Canon. quia est contra bonos mores; & sic *l. 5. C. de LL.* de hisce & similibus casibus intelligenda. Similiter *c. non est obligatorium.* 58. *de R. J. in 6to.* intelligi debet de juramento, quod est contra bonos mores Jur. Canon. quod scil. *turpitudinem* in se continet, *quod principaliter est contra publicam utilitatem*, quod vergit in dispendium salutis æternæ, ut notat Gail. *l. 2. obs* 39. *n.* 15. *& seqq.* Et ideo secundum Canones in materia juramentorum standum.

§. IV.

Dictum supra Jure Canonico prohibitionem Juris Civilis non attendi; quod valde displicet Covarruv. *ad c. quamvis*, 2. *de pact. in 6. p.* 1. §. 3. *n.* 35. ubi dicit: Non ideo cur jus Civile hac in parte interpretari, & explicare non possit ea, quæ sunt bonis moribus contraria; cum & legislator secularis quoad Reipublicæ regimen vere interpretari possit juris naturalis præcepta, leges & statuta hac de re sancire: ut circa homicidium, adulterium, furtum, falsum testimonium, & his similia, quorum interpretatio necessaria ad optimam Reipublicæ institutionem. *l. 3. ff. de Just. & Jur. l. bona fides* 31. *ff. depositi.* Nec hoc indiget majori probatione, cum vere negari non possit: alioqui legislatores seculares satis strictam haberent potestatem ferendi leges super actibus vere temporalibus: quod satis absurdum esset, alienum-

que

que à divina & naturali institutione. At si semel à lege seculari fuerit definitum, aliquid esse contrarium bonis moribus, & plane iniquum, manifeste convincetur, eum actum juramento confirmari non posse; ut is licitus censeri debeat. Hucusque Covarruv. *d. l.*

§. V.

Ut res eo dilucidior fiat, singulis singula adjiciamus exempla: Sic, *homicidium vel sacrilegium*, ut quis faciat, jurato promissum non tenet; ob rei turpitudinem; idem siquis alteri in casum mortis uxorem suam cum ipsius consensu polliceatur jurato, prout Scabini Lipsiens. responderunt teste D. Philipp. *Eclog. 59. ad Tit. Inst. de inutil. stipul.* Item *turpis* rei & *injustæ Jurej.* confirmatum mandatum non est obligatorium; ob inhærentem turpitudinem, v. g. si quis alteri literas diffidatorias ad mandatum ejus offert. *l. 6. §. 3. & 7. l. 12. §. 11. l. 23 §. 6. ff. mand. c. non est obligatorium. de R. J. in 6to.* Jul. Clar. *in Pract. §. fin. quæst. 89. n. 1.* Carpzov. *Pr. Crim. p. 1. qu. 37. n. 45.*

§. VI.

Huc pertinet; si *Advocatus* patrocinium alicujus causæ promiserit, adesse tamen causæ non tenetur, si postea *injustam* eam esse deprehendat, etiamsi juramentum præstiterit, quod ad finem usque litis operam præstare vellet. *arg. c. inter cætera. 22. caus. 22. qu. 4.* ratio, quia hoc juramentum destitutum est comite, nempe justitia: ista enim quæ perspicuam in se habent injustitiam, etsi juramento firmata, tamen servari non debent. Quod & in Advocato *Ecclesiæ* verum esse putat Menoch. *l. 2. arbitr. judic. cent. 5. cas. 494. n. 15.* Neque intelligitur quicquam fecisse Advocatus contra juramentum suum; neque in hoc casu tenetur dare substitutum, qui eam causam defendat; cum ita debeat habere rationem animæ proximi sui, quemadmodum & propriæ, ut putat Jason. *Cons. 94. in fin. l. 3.*

§. VII.

Similiter, quamvis alias *amantis* amoris œstro excitati, quod amicæ suæ præstitit juramentum obligat; attamen si quid *illicitum* contineat, aut si parentum autoritas vilescat, eo præstito, vel prorsus ne-

negligatur, ut plerumque incauti adolescentes insciis parentibus fidem dant amasiis, nulla hujus juramenti observatio esse potest; parentibus invitis & non consentientibus. Setf. *l.* 1. *c.* 8. *n.* 11. *usque ad fin.* Carpz. *L.* 2. *def.* 58. *Jurispr. Eccles.* Idem judicium est de *sponsalibus* jurato factis; de quibus Stryk. *diss. de Conc. spons. c.* 1. §. 88. *& seqq.* Pariter Jure Canonico sponsalia de futuro spem solum matrimonii inducunt; idcirco & hoc jure mutuo consensu dissolvi queunt. *c.* 2. *c. ult. de sponsal.* etiamsi juramentum intervenerit; hujus enim gratiam sibi invicem facere possunt. *c.* 1. *X. de Jurej.* Covarruv. *part.* 1. *de spons. c.* 5. *n.* 1. Beust. *p.* 1. *de spons. c.* 10. Alterius quoque pœnitentia, non quidem pro lubitu, sed si aliqua causa subsit, recedi ab his sponsalibus jure Canon. potest; etiamsi jurisj. religio intervenerit. *c. ex literis.* 10. *c. requisivit.* 17. *X. de spons.* Matth. *D.* 2. *th.* 9. Struv. *Exerc.* 29. *th.* 12. *S. Jur. Civ.*

§. VIII.

Quid de *milite*, juramento ad præstanda bellica servitia obstricto, sentiendum? facile patet ex Constit. Publ. Pac. Carol. V. Imper. *Sub Tit.* **von Mandaten des Cammer-Gerichts wider die Friedbrecher**, & Ordin. *p.* 2. *tit.* 9. §. **und ob sich.** cum §. *seqq.* quæ ipsum, non obstante juramento, à bello illicito avocandum jubet; hujus enim juramentum cum interitu salutis æternæ servatur, & ad seditionem & concussiones, rapinas, latrocinia & scandala publica, atque nefarie contra pacem publicam præstatur, *c. in malis.* 5. *caus.* 22. *qu.* 4. *c.* 1. *X. de his, quæ fiunt à majore parte cap.* Gail. *in tr. de pac. publ. l.* 1. *c.* 4. *n.* 15. & sic contra bonos mores Jur. Canonici non obligat. *c. non est obligatorium.* 58. *de R. Jur. in* 6. Imo juramenta, quæ in deteriorem exitum cedunt, quæ exemplo perniciosa sunt, quæ ad multorum cladem pertinent, adeo ipso jure reprobata sunt, ut ne absolutionem requirant; & sine metu perjurii licite contemni possint. *c. quanto.* 18. *X. de jurej. caus.* 22. *qu.* 4. *per tot.* Gail. *d. l. n.* 16.

§. IX.

Nec minorem turpitudinem continet illud jusjurandum *testis*, quippe qui ex communi Dd. sententia utroque jure ad perhibendum testimonium pœnalibus mandatis compelli potest. *l.* 19. *C. de testib.* si for-

forsan vinculo religionis se obstrinxerit *ad non perbibendum testimonium*; Nam, quia contra bonos mores Jur. Canonici est, sine peccato observari non potest; cum celans veritatem peccet mortaliter; *c. quisquis.* 80. *&* 81. *caus.* 11. *quæst.* 3. *gloss. in c.* 1. *X. de test. cog. in verb.* occultant. *c. quanquam.* 2. *caus.* 14. *quæst.* 2. vid. Gail. *l.* 1. *obs.* 100. *n.* 1. & ideo tanquam temerarium & illicitum non tenet; nec infamiam non servanti irrogat; sed eidem jurans propria autoritate contraire potest. *c. pervenit ad aud.* 6. *X. de test. cogend. vel non. gloss. ibid. in verb.* juramento. *c. intimavit.* 18. *de test. & attest. ubi gloss. in verbo*: juramento. Panormit. *ad. d. c.* 18. *n.* 2. *&* 3. nec à tali juramonto absolutionem petere tenetur. Felin. *in d. c.* 18. *de test. & attest. n.* 5. *in fin.* Parilis est textus *in c. constitutis.* 45. *X. eod. & ibid. gloss. in verb.* non teneri; dicens: *tale juramentum jure nullum, etsi videatur tale esse, quod sine salutis æternæ interitu servari possit; quod tamen fieri vix poterit per superius traditam rationem; quia celando veritatem graviter peccatur.* Panorm. *in d. c.* 45. *n.* 2. Hinc est, quod jurans *non revelare secreta*, si in testem producatur, non obstante juramento, possit aperire veritatem, nec revelando incidat in perjurium; nam non servans præsumitur pœnituisse de peccato, quod temerario juramento commisit; ut est communis Dd. opinio *in d. c. constitutis.* 45. *X. de test. & attest.* Foller. *in pract. Crimin. c.* 8. *in verb. testibus diligenter examinatis, n.* 27. Hippol. *sing.* 424. *incipit. accipe.* König *in Proc. c.* 82. Rutg. Ruland. *de Commiss. p.* 2. *l.* 2. *c.* 7. Mindan. *l.* 2. *de mandat. jud. c.* 54. *n.* 1. Græv. *in Pract. Concl. Cam. Imp. concl.* 100. *consid.* 1. Eadem ratione jurans non se revelaturum *secreta turpia*, nihilominus sine perjurii reatu aperire potest. *gloss. in c. ego n.* 4. *X. de Jurejur.* Felin. *in d. c. ego n.* 4. *d. t.* Mynsing. *c.* 2. *observ.* 78. Romanus *in sing.* 512. *incipit*: jurat, & ibi declarat Nicol. Pign. *in addit. tenuit per Romanum.* Juramentum enim de non revelando non extenditur ad inhonesta & turpia, sed de honestis tantum, & aliis non nocivis intelligitur. Ejusdem farinæ est juramentum ejus, qui jurat: *se nolle de calumnia jurare.* quamvis Judex mandet. *gloss. in l.* 2. §. 7. *sin a. reg. C. de Jurej. propter calumn. dand.* Juramentum enim calumniæ non tam commodo privatorum introductum est, quam *ob utilitatem publicam*, ut calumniandi occasio litigantibus præcidatur; ut probat Ant. del Re. *intr. de jur. calumn. c.* 3. *&* 4. *c.* 15. *n.* 12. *& seqq.* Jusjurandum autem contra bonos mores Jur. Can. quale & hoc est, dum contra utilitatem

litatem publicam præstitum; servandum non est. *c. non est obligatorium. 58. de Reg. J. in 6to.* Roman. *sing.* 507. *n.* 1.

§. X.

Quid? quod *pacta circa futuram in bona viventis & non consentientis successionem*, adeo sunt invalida, ut ne juramento quidem munita subsistant, quia ejusmodi pacta de hereditate viventis inducunt votum captandæ mortis, & occasionem peccandi afferunt; hinc & peccatum nutrire dicuntur à Salic. *ad l. pactum quod dotali.* 15. *C. de Pact.* & Socino *juniore Cons.* 44. *n.* 39. *l.* 2. Cacheran. *dec.* 100. *n.* 3. Et consequenter sunt contra bonos mores. Jur. Canon. *c. detestanda.* 2. *de conceff. præbendæ. in 6to.* quæ juramento non confirmantur, *c.* 58. *de R. J. in 6.* Hinc etiam expresse contra bonos mores dicuntur, *l. ult. C. de Pact.* imo vergunt in præjudicium tertii, & ejusmodi pactiones plenas esse tristissimi & periculosi eventus propter insidias videlicet, quæ parari possunt viventi, dicit *l. ult. C. de pact.* E. nec juramento firmari possunt, quod probat. *c. cum contingat.* 28. *X. de jurej. c. quamvis* 2. *de pactis in 6to.* Fachin. *cap.* 73. *l.* 8. Seraph. *priv.* 20. *n.* 17. *& seqq.* qui hanc opinionem omnium Dd. calculo approbatam dicit.

§. XI.

Negat quidem Bald. *in c.* 1. §. *moribus, si de feud. fuerit contr. int. dom. & agnat.* & cum hoc Covarruv. *in c. quamvis in init. part.* 3. *ver. altera vero constitutio. n.* 3. *de pact. in 6to.* versari nempe in tali pacto *votum captandæ mortis*; Quis enim hoc revelavit, inquit, quod sic paciscens quæreret mortem illius, de cujus hereditate pacisceretur, cum quilibet in dubio præsumatur bonus? *l. merito.* 51. *ff. pro socio. c. fin. de præsumpt.* & præsumendum quemlibet habere eam voluntatem, qualem habere convenit, & debet *l. ex facto.* 43. *in pr. ff. de vulg. & pupill. substit.* Calc. *Cons.* 48. *n.* 15. *& Cons.* 120. *col.* 4. *verb. talis enim.* & alibi dicitur, quod quis præsumatur facere actum, ut sibi prosit, non ut alteri noceat, *gloss. in l. fluminum.* 24. §. *fin. in verb. non teneri. ff. de damn. infect.* Sed Resp. ejusmodi pactum, quod hic *non* dicitur *assertive*, quod paciscentes habeant talem voluntatem sive animum captandæ mor-

mortis; sed quod *stante tali pacto suspicio sit*, ut mors illius *desideretur*, & quæratur; *l. ult. C. de pact.* & idem dicendum de hac suspicione mortis, quod de ipsa morte; idem de suspicione insidiarum, quod de ipsis insidiis; exinde enim esse aliquid, & esse posse paria judicantur, ut *in l. sufficit. 56. ff. de cond. indebit.* Sicuti in simili dicitur de metu, in quo suspicio operatur idem ac ipse metus. Bart. *in l. isti quidem. 8. §. 2. ff. de eo, quod met. caus.* Imo ut Cicero inquit *l. 6. fam. epist. 82. plus in metuendo mali est, quam in illo ipso, quod timetur*; Et similiter de suspicione belli, quæ pejor est ipso bello. *arg. l. Pedius. 4. de incend. ruin. & naufr.* de suspicione falsi, quæ in multis habetur pro falsitate. E. eodem modo suspicio voti captandæ mortis idem est quod ipsum votum, & sic omnino est reprobatum: Deinde ita paciscentes demonstrant desiderare res alienas, quod est contra præceptum Decalogi: Nec rem cupies alienam; quod continet in se peccatum avaritiæ, propter quam videtur desiderare mortem ejus, de cujus bonis pepigerunt; quod est odiosum, & contra bonos mores naturales, quia homini hominem insidiari nefas est. *l. 3. ff. de Just. & Jur.* & facit *text. cum gloss. in l. ergo. 4. §. si ex die ff. de fideicommiss. libert.* ubi dicitur; *quod occasio etiam modica*, sive *causa occasionalis impedit actum fieri.* & præsumitur quod habeant illi insidiari, ut citius ad effectum possint eorum conventionem perducere, & nemini in dubium venit, quod delictis obviare debemus, *c. quanta. 47. de sent. excom. Grat. l. 1. resp. 1. n. 39.*

§. XII.

Sic pactum *de futura successione ex consensu ejus, de cujus hereditate agitur*, de jure quidem valet, is tamen de cujus hereditate actum fuit, juramento non obstante, ejusmodi pactum revocare potest sine perjurio. Mart. Benekend. ad Seraph. *in addit. priv. 20. n. 12.* Bartol. Musculus *de success. convent. membr. 1. concl. 3. sub B. n. 48.* Ant. Thesaur. *dec. 225.* Fachin. *l. 2. c. ult.* Modest. Pist. *consf. 8. n. 12. l. 1.* *Pacta autem reciproca Principum* Germaniæ de succedendo, Imperatoris autoritate & juramento vallata valent inter Principes, *non privatos.* Muscul. *d. tr. membr. 1. concl. sub M. n. 71.* Fœrster *l. 4. de success. ab intest. c. 24. n. 16.* Heinr. à Rosenth. *de feud. c. 7. concl. 25.* Waremund ab

Eh-

Ehrenberg *de fæder. c. 7. n. 2.* Benekend. *d. l. num.* 15. Gail. *l. 2. obs.* 126. *num.* 7.

§. XIII.

Ad pacta jurato inita referendum & illud, quod *de quota litis* dicitur; hoc igitur nec juratum valere statuit Græv. *concl.* 44. *n.* 26. Hahn. *diss. 2. select. de pact. th.* 48. Neviz. C. 21. *n.* 22. Dissentit Guid. Pap. *dec.* 139. Sed pactum de quota litis juramento firmari ex jure Canonum verum, sed Civili falsum videtur, tum propter rationem generalem *l.* 5. *C. d. LL.* tum, quia dicitur contra bonos mores. *l.* 15. *C. de procurat.* quem textum de hoc pacto Cyn. Salicet. Castr. Sichard. & alii *ibid. interpretantur.* Bacchov. ad Treutl. *Disp. 6. th. 7. lit. C.* Benekend. *ad Seraphin. priv.* Matth. Cuno *de pact. l. 1. c. 25. n.* 11. Farin. *Cons.* 90. *n.* 35. *l. 1. & in pr. Crim. p. 3. l. 3. Tit.* 11. *qu.* 106.

§. XIV.

Huc spectat etiam *antichresis* jurata, quamvis enim jure civili sit licita *l.* 11. §. 1. *ff. pign. & hypoth. l.* 14. & 17. *C. de usur.* tamen *Jure Canon.* non valet, sed prohibita est. *c. ad nostram.* 7. *X. de jurej.* ratio prohibitionis est, quia in antechresi consequitur creditor ultra sortem lucrum, ratione dilatæ solutionis, quod incidit in usuram, Jur. Can. prohibitam. Et juramentum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quanto.* 18. *X. de Jurej.* Hanc tamen prohibitionem non attendi affirmat Ungebauer *ad L. 2. Decret. Tit. 24. de Jurej.* & receptionem per consuetudinem hujus contractus testatur Rauchb. *p. 1. quæst. Jur. Civ. & Sax. n.* 20. 35. & 36.

§. XV.

Ratione *pacti Commissorii* juramento firmati mire discrepant Dd. & quidem *Jur. Civ.* non valere concordant; sed *Jur. Canonum* tenere affirmant Gail. *l. 2. observ.* 40. *n.* 4. Rittershus. *diss.* 4. Jus tamen *Saxonicum* sententiæ Civili assentire tradit Carpz. *p. 2. def.* 43. *const.* 30. Bart. *in l. si quis pro eo.* 56. *n.* 10. *ff. de fidejuss.* Treutl. *Vol. 2. D. 1. th. 6. lit. D.* ibique Bachov. Harprecht. *ad §. ult. quibus m. re contr. oblig. n.* 221.

§. XVI.

Digitized by Google

§. XVI.

Tandem rei impossibilis jurato promissæ nulla datur vis ex jurejur. Don. *l.* 21. *c.* 13. *lit. K.* Grot. *l.* 2. *c.* 13.

CAPUT IV.

Juramenta ratione rei alienæ vel facti invalide facta continet.

SUMMARIA.

1. *Promissionem facti vel rei alienæ non firmat jusjurandum. Declaratur exemplo curatoris, prælati.*
2. *Venditio rei ecclesiasticæ per laicum, vel absque solennitatibus requisitis facta. Contractus feudalis nullus.*

§. I.

PRimum locum sibi vindicat quæstio: an adjectio jurisjurandi firmet promissionem *facti vel rei alienæ?* Et Neg. *per l. Marcellus.* 11. §. *jurare.* 2. *ff. de act. rer. amot. ubi gloss. bona.* Nam quæ non sunt in jurantis potestate, ut quæ à Deo, vel à Magistratu, vel alio dependent, ea in omni juramento excepta esse intelliguntur; & hoc jusjurandum temeritatem arguit, adeoque nec fortiori vinculo jurantem obstringit. Gœdd. *de controvers. stipul. c.* 6. *n.* 203. *&* 2. *seqq.* Hillig. *ad Donell. l.* 12. *cap.* 19. *lit. c,* adeo ut nec minor sic jurans obligetur; vergit enim in præjudicium tertii *cap.* 2. *quamvis. & ibi Gloss. de pact. in* 6. quod latius declaratur per Rim. *jun. in d. prin. quibus. alien. lic. à n.* 260. *usque ad n.* 276. nec ex alterius jurando, nisi cui ad istud speciale mandatum datum. *arg. c. ult. de Jurej. cal. in 6to.* Parlard. 2. *rer. quotid.* 4. *n.* 22. Ne quidem si tutor vel Curator juraverit. Seraphin. *priv.* 83. *n.* 78 post plures Afin. *de execut. c.* 135. *vers. quinto limitatur.* Atque hinc est; quod *Ecclesia* etiam adversus contractus juratos Prælati vel Episcopi re-

restituitur. *c.* 1. *& ibi gloss. ac CC. de restit. in integrum, in 6to. c. praesentium. X. de test. in 6to.* Seraphin. *priv.* 83. *n.* 76. Nam Ecclesia aequiparatur minori. *d. c.* 1. *X. de rest. in integr.* & juramentum nihil operatur, quia factum in praejudicium tertii, Afin. *d. tr. c.* 136. Vasq. 1. *Controvers.* 9. *n.* 29. Parlard. 2. *rer. quotid.* 4. *n.* 37. de contractu rerum Ecclesiasticarum nox infra plura: Tandem Gomez. 2. *resol.* 10. *n.* 23. committi obligationem rei alienae ad interesse putat, scil. si jurans se facturum & curaturum promittit, ut nanciscatur rem alienam alter. Covarruv. *p.* 2. §. 5. *ad c. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. De *stipulationibus inutilibus* juramento confirmatis *infra* dicetur *c. ult.* §. *ult.*

§. II.

Sic non confirmat contractum *rat. rei sive materiae Ecclesiasticae*, venditae per laicum; nam in tali casu venditio ipso jure nulla, nec ullo modo per juramentum firmari potest, imo qui ex Laici concessione ecclesiasticam rem detinet, excommunicandus est: *c.* 2. *X. de reb. eccl. non alien.* Et amplius dicitur; quod si venditor esset Praelatus, qui in venditione non servaret solennitates requisitas, & juraret non contravenire, adhuctamen Ecclesiae ad rem vindicandam consultum foret. Aretin. *conf.* 114. *n.* 23. Idem dicendum, si in *contractu feudali nullo* versaremur. Abbas *c.* 28. *cum contingat. n.* 20. *X.* de Jurejur. & Pedem. *decis.* 170. *n.* 20.

CAPUT V.

De Juramenti invaliditate circa res proprias interpositi.

SUMMARIA.

1. *Mulier sine consensu curatoris contrahens.*
2. *Donatio gerad[ic].*
3. *Extrajudicialis 500. solidos excedens.*
4. *Donatio m. c. non adhibitis 5. testibus.*

5. Ju-

5. *Juramentum de non revocando donationem ob ingratitudinem.*
6. *Renunciatio SCti Vellejani.*
7. *Juramentum an sit loco certiorationis?*
8. *Si testator juraverit, se priorem suam voluntatem non revocaturum.*

§. I.

Contractus circa *rem propriam* initus, etsi huic juramentum adjectum sit, tamen non valet. v. g. si *mulier* de re sua propria cum alio *sine consensu Curatoris* in foro Saxonico contraxit, illudque juramento confirmavit, tamen nullius est effectus. Nam consensus curatoris ad contractum mulierum de forma & substantiali solennitate requiritur. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 32. *n.* 43. Berlich. *concl.* 17. *n.* 102. Quare omisso eo, contractus mulieris ipso jure nullus est, ut docet Moller. *ad Const. Elect. Sax.* 15. *p.* 2. *n.* 82. Coler. *p.* 1. *dec.* 67. *n.* 21. At quod ipso jure nullum est, juramento confirmari nequit. *d. l.* 5. *C. de LL.* Nec pactis juri publico per juramentum adjectum derogari potest. *c. si diligenti.* 12. *X. de for. compet. l.* 7. §. 16. *ff. de pactis. l.* 112 §. 3 *ff. de Legat.* 1. maxime cum & alias mulier huic solennitati statutariæ expresse renunciare nequeat. Felin. *d. c.* 12. *X. de foro compet.* Carpz. *p.* 2. *c.* 15. *def.* 1. Nullitas autem hæc ita comparata est, ut & heredes mulierum contractum juramento vallatum servare non possint, nec debeant.

§. II.

Sic *donatio Geradæ* ne quidem jurato facta valet *Jure Saxon.* quia tale juramentum evertit jus publicum ac conjugum concordiam; ut vel propterea ne quidem Jure Canonico servandum sit. *c. donatio.* 8. *X. de don. inter vir. & uxor.* Wesenb. *in not. ad* Schneidew. §. *aliæ. n.* 63. *Inst. de donat.* Deinde quia donatio uxoris marito facta nullius est momenti ex Const. *Sax.* 13. *p.* 2. ac proinde juramento firmari & corroborari nequit, quia juramentum nullitatis defectus & formam non supplet. Bald. *in l.* 1. *n.* 4. *C. de oper. libert.* Dec. *Cons.* 349. *n.* 1. *& n.* 6. nec legi prohibitoriæ efficaciter cum juramento renunciari potest. Gloss. *in l. à divo.* 55. *verb. actionem. ff. de ritu nupt. & in l.* 1. *in fin. C. ne fidej. dot. dentur.* Dan. Moller. *ad d. const.* 13. *n.* 9. adeoque non confirmatur gerada quoad validitatem contractus; sed tantum quoad observationem.

vationem. Bart. *in l.* 56 *n.* 10. *ff. de fideic.* Anton. Faber. *in C. l.* 18. *tit.* 22. *defin.* 1. *n.* 11. Carpz. *ad d. const.* 13. *p.* 2. *def.* 1. Maximè, cum prohibitio etiam Jur. Civ. *tot. tit. ff. de donat. inter virum & uxor.* sit toti juri Canon. consentanea. *c. donatio* 8. *X. de don. inter vir. & uxor.* nec alibi Jur. Canon. expressum, quod donatio jurata inter conjuges subsistat. Bald. *in l.* 56. quamvis dissentiat Gail. 2. *obs.* 40.

§. III.

Hinc etiam juramentum donatoris, *si donatio extrajudicialis rerum* suarum 500. *solidos excedat*, & absque insinuatione facta, nullum sortitur robur, & nullum plane existit; adeo ut nec ipse, nec ipsius heredes ex hac donatione ultra 500. solidos obligentur; quia nempe insinuatio requiritur *pro forma*, qua neglecta, ipsa substantia donationis 500. solidos excedentis, corruit. *arg. l.* 9. §. 3. *ff. ad exhib. c. cum dilecta.* 22. §. *fin. de rescript. c. venerabili.* 37. *X. de offic. judic. deleg.* Nec juramentum nullitatis defectus supplet. *d. l.* 5. *C. d. LL.* Zang. *de except. p.* 3. *c.* 11. *n* 202. Vincent. Caroc. *intr. de excuss. bon. p.* 2. *quaest.* 15. *n.* 8. Anton. Faber. *tit.* 38. *defin.* 5. Dan. Moller. *ad Const. Elect.* 14. *n.* 8. *p.* 2. Neque etiam expressa partium voluntate remitti potest solennitas insinuationis. *l.* 38. *ff. de pact.* Quae sententia inprimis *in foro Saxonico* recepta per *Decis. Elect. noviss.* 26. ubi expresse dicitur: **Daß eine solche** Donation, **so nicht gerichtlich** insinuiret, **dieselbe, ungeachtet sie eydlich bestärcket, weiter als auf** 500. **Ducaten nicht kräfftig** seyn **soll.** Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 1. Alias communis extra Saxon. opinio est in contrarium, vid. Gutierez. *de jur. Confirm. c.* 17. Gail. *l.* 2. *obs.* 39. *n.* 10.

§. IV.

Porro *donatio mortis causa extrajudicialiter non adhibitis quinque testibus* facta non valet. *l. ult. C. de don. mort. caus.* etiamsi sacramento sit corroborata; quia forma essentialis per sacramentum non potest adimpleri. Zang. *de except. p.* 3. *c.* 11. *n.* 202. Nam non immutat juramentum essentiam alicujus rei. Ant. Fab. *in Cod. l.* 8. *tit.* 37. *defin.* 1. & juramento non potest corroborari donatio, quae ipso jure nulla. *d. l. ult. C. de m. c. don.* Carpz. *p.* 3. *c.* 1. *defin.* 29. *n.* 8. *& seqq.*

§. V.

§. V.

Donationem *non revocaturum ob ingratitudinem* qui juravit, non tenetur ſtare juramento; quia pactio hæc, qua dolus committendus remittitur, & qua aperitur licentia ingratitudinem committendi, jurejurando firmari nequit: Hillig. *ad Don. l.* 14. *cap.* 31. *lit. a.* Nam ingratitudo etiam vitium eſt contra bonos mores naturales, & Canonicos.

§. VI.

Tandem *nec uxoris pro marito intercedentis* juratum renunciationem SCti Vellej. valere ſtatuunt Dd. *ſi nulla* hujus juris renunciationem *præceſſerit certioratio*; quia in renunciante requiritur, ut etiam habeat notitiam iſtius juris & beneficii, cui renunciandum. Expedita enim *regula* eſt: *Juri ignoto neminem renunciare poſſe. l.* 19. *ff. de inoffic. teſtam.* Sic jus, quod ſibi competere neſcit, nemo cenſetur remiſiſſe. *l. ult.* §. *ſi neſciunt. C. de furt.* Gail. *L.* 22. *obſ.* 77. *num.* 8. quod extendunt, etiamſi juramentum acceſſerit. Enenk. Baro *de privil. l.* 3. *cap.* 26. *num.* 2. *in fin.* Weſenb. *Conſil.* 23. *num.* 12. Et cum hæc ignorantia in muliere, ruſtico, milite, &c. præſumatur. Dalner. *de renunc. cap.* 1. *num* 20. & ne ſe ignoraſſe, quod juraverint, poſſint allegare, omnino certioratio præcedat neceſſum eſt, alias juramentum non valet. Stryk. *tr. de Caut. contractuum, Sect.* 1. *cap.* 5. §. 6. *&* *Sect.* 2. *cap.* 6. *num.* 4. Ant. Theſaur. *deciſ.* 222. *num.* 6. *&* 11. 12. Berlich. *p.* 2. *concl.* 19. *num.* 37. *&* 40.

§. VII.

Et licet Frantzk. *ad tit. ff. de SCto Vell. num.* 88. & *L.* 2. *reſol.* 4. *num.* 36. Gail. 2. *obſerv.* 77. Zang. *de except. p.* 3. *cap.* 11. *num.* 163. putent, quod juramentum ſit loco certiorationis, quibus adſtipulatur Moller. *ad Conſt. Saxon.* 16. *p.* 2. *num.* 14. *& ſeqq.* Illud tamen cum Stryk. *d. tr. de Caut. contractuum, Sect.* 1. *cap.* 5. § 8. ſolummodo admittendum quoad exceptiones juris, non facti; Nam ignorantia facti impedit effectum juramenti. Cui accedit quod in renunciationibus jurium obtinet, quod ad non cogitata non extendantur. Dalner.

ner. *de renunc. c. 2. n. 8.* Gail. 2. *obs. 98. num.* 14. Pruckm. *Vol. 1. Cons. 8. num.* 222. Incogitatum vero est, quod quis sibi competere ignorat. Wesenb. *Vol. 1. Cons. 74. num.* 95. Et hoc extendunt, ut etiam generalis renunciatio ad non cogitata non extendatur. Dalner. *d. c. 2. num.* 18. Menoch. *Concl.* 37. *n.* 84. Wesenb. *d. cons.* 58. *n.* 68. Ipsum enim juramentum ad non cogitata non extenditur. Seraphin. *priv.* 119 *num.* 2. imprimis si agatur de talibus personis, quibus etiam jus ignorare permissum; ut sunt etiam mulieres *l. 8. ff. de jur. & fact. ignor.* juramentum ipsorum nec ad incogitata erit extendendum. Seraph. *d. l. num.* 3. Quid? quod certioratio hodie, imprimis foro Saxon. *per decis. noviss.* 25. in verbis: **Und zwar auf vorhergehende genugsame Erinnerung und** Certioration, **was ihre Verzicht und weibliche Gerechtigkeit und das** Beneficium SCti Vellejani **in sich habe** &c. Vid. Philip. *Consider. ad h. dec.* 25. pro forma essentiali requiritur, quæ per juramentum tanquam æquipollens non potest adimpleri. Carpzov. *p. 2. c. 16. defin.* 19.

§. VIII.

Idem constat, *testatori* tamdiu à testamento de bonis suis facto recedere, *idque revocare posse*, quamdiu in vivis sit *l. 22. ff. de Legat.* 3. nec juramentum additum valere, si juraverit, se priorem suam voluntatem non revocaturum. Gloss. *in c. ultima voluntas.* 13. *qu.* 1. *c. cum Marthæ, 6. X. de celebr. Miss.* quamvis testator perjurus fiat, ex notatis *in c. ult de procurat. in 6to.* Fachin. *L. 4. c. 8. in fin.* ubi dicit: *Etsi enim magna sit virtus & efficacia in contractibus, & cæteris conventionibus, non tamen eandem esse in actibus, quæ ex sola facientis voluntate dependent, quantum ad hoc, ut revocari non possint.* Bart. & Dd. *in auth. Sacramenta puberum. C. si adversus vend.* Molin. *de Just. & Jur. D.* 147. & 102. Leonh. Less. *de Just. & Jur. L. 2. cap. 19. dub.* 8. Quo & facit, quod pactis privatorum, etiam juramento firmatis, juri publico derogari non possit. *c. si diligenti.* 12. *X. de foro compet.* Jure autem publico ita constitutum est, ut libera sit testamenti factio *l. 3. ff. de testam.* quod mutaretur, si hujusmodi juramenta valerent, quia & libera testandi facultas impediretur, & hereditatem quis ex juramento consequeretur, citra ulla testamentorum solennia, quæ omnia

juri

juri publico adverſantur. Fachin. *L.2. c. ult.* Hæc de rebus propriis dicta ſufficiant.

CAPUT VI.

Invaliditatem ſacramentorum circa materiam contractuum trutinat.

SUMMARIA.

1. *Contractus minorum.*
2. *An minor jurans excludatur a beneficio L. 2. C. de reſcindenda venditione.*
3. *Quid ſi major jurans lædatur enormiſſime.*
4. *Quid in compromiſſo jurato.*
5. *Pactum contra rei naturam interpoſitum.*
6. *Juramentum in præjudicium tertii.*
7. *Recipit naturam actus cui accedit.*
8. *Priori venditioni additum non impedit dominii translationem ex venditione poſteriore.*
9. *Matrimonium metu contractum.*
10. *Revocatio donationis ob ſupervenientiam liberorum.*
11. *Beneficio excuſſionis fidejuſſorem jusjurandum non privat.*
12. *Quid de jure canonico.*
13. *Quid ſi fidejuſſerit, qui juravit ſe nolle fidejubere.*
14. *An plus teneatur jurans fidejuſſor, quam principalis.*
15. *Emphyteutæ jurans ſe ſoluturum canonem ſingulis annis.*
16. *Quid de jure canonico.*
17. *Non eſt perjurus compenſationem objiciens.*
18. *Reſpondetur ad contraria.*
19. *De exceptione non numeratæ pecuniæ.*
20. *Juramentum intelligitur rebus ſic ſtantibus.*
21. *Filia renuncians viventibus fratribus.*
22. *An Vaſallus incurrat feloniam, ſi dominus deſierit eſſe rex.*

23. *De*

23. *De bonis confiscatis debitori juranti.*
24. *Juramentum inutilibus stipulationibus adjectum.*

§. I.

NUnc etiam pauca de jurejurando invalido *circa varios contractus* adjecto monenda veniunt: Et primum quidem de contractibus juratis *minorum*. Notissimi enim juris est, minori læso succurri beneficio restitutionis in integrum, nisi juramento minor gestum confirmaverit. *l.* 1. *& auth. sacramenta pub. C. si adversus vendit.* Sed quæritur: Si *non fuerit monitus & certior factus* de jure sibi competente, & beneficio restitutionis, an juramentum præstitum ab eo super contractu valeat, ita ut locus sit huic *d. authent.* nec ne? Qui affirmant horum tantum æque recentiorum atque veterum agmen est, ut tota pagina ad eos recensendos non sufficiat, quos refert Benekend. *ad Seraphin. priv.* 83. *n.* 3. inter præcipuos & quidem noviores Gail. agmen ducit. *L.* 2. *obs.* 41. *n.* 5. & hanc opinionem etiam in Camera introductam esse affirmat; quem sequitur Wesenb. *Cons.* 31. *n.* 52. Guttierez *de Juram. Confirm. ad d. auth. n.* 114. Mauric. *de restit. in integr. c.* 113. *& seq.* & quibus innituntur rationibus, videre est apud Hillig. *ad Don. l.* 21. *c.* 13. *lit. H.* Eorum tamen, qui *negativæ* inhærent opinioni, nempe juramento minorem non obstringi, nisi de jure suo prius certior factus fuerit, non minor numerus est, (quos æque recenset Benekend. *d. l. num.* 4. & Trentacinq. 2. *pract. resol. tit. de minor. resol* 1. *n.* 14. *&* 18. Tiraquell. *ad l.* 8. *C. de revoc. don. in praef. n.* 146.) & horum multo *securiorem* & tutiorem esse sententiam arbitror; 1.) ob singularem favorem ætatis minorum, quibus succurrere magis, & eorum subvenire fragilitati est benignius, quam ex æquitate indulta beneficia subtrahere. 2.) Quia sic jurans in errore & ignorantia juris probabili versatur; Error autem & falsa causa vitiat juramentum, præsertim in minore. Simoncell. *de decreto in contr. minor. interpon. L.* 3. *Tit.* 8. *inspect.* 18. *limit.* 15. *num.* 181. Paris. *Consil.* 96. *num.* 71. Et quamvis juramentum vim habeat renunciationis; attamen ignotis nemo renunciare solet; *l.* 19. §. *ult. ff. de inoffic. test.* & ad non cogitata, qualia sunt ignota, non extenditur juramentum. *l. ult. ff. ad municip. c. humanæ.* 11. *caus.* 22. *qu.* 5. Nec ad id alias trahitur, quod jurans

jurans verisimiliter noluisse creditur. *l ult. C. non num. pec. l. ult. ff. qui satisd. cog.* 3.) Per identitatem rationis, desumtam à SCto Vellejano, ubi in muliere jurato renunciante ipsius beneficiis, pro *forma* requiritur, ut juratæ renunciationi ejusdem jurium certioratio præcedat. E. & minor necessario de iisdem certiorandus erit, alias per juramentum ipsi jus concessum aufferretur, quod jura non permittunt. *§. 2. Inst. de his, qui sunt sui vel alien. jur.* 4.) Tum & ipsi *Contrarium sentientes*, inprimis Guttierez *ad d. auth. sacramenta puber. C. si advers. vend. num.* 116. Gail. *d. L. n.* 9. lubentissime largiuntur; multo cautius esse, ut contrahens cum minore, quo securior reddatur, illum restitutionis beneficio præmoneat, idque instrumento contractus vel renunciationis inseri curet. 5.) Quod ita *duplex vitium* suppleret juramentum, *nempe ætatem*; ut scil. minor pro majore habeatur, *& defectum consensus circa ignota*, quod æque contra ipsius Gail. *dissentientis* regulam. *L. 2. observ. 42. num.* 11. Sic fatetur Seraphin. *priv.* 83. *num.* 43. juramentum tale solummodo supplere defectum ætatis, non vero alios.

§. II.

Deinde quæritur: an *minor* contractu juramento confirmato, *excludatur à beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.* si fuerit *enormiter*, & ultra dimidium, *læsus*? Quod *negatur*: imprimis cum in enormi læsione concurrat dolus, *arg. l. si superstite.* 5. *C. de dol. l. si quis cum aliter.* 36. *ff. de V. Obl.* adeo ut *nec necessaria sit absolutio* à juramento. Abb. *in c. cum contingat.* 28. *X. de jurej.* Covarr. *ad c. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. *p.* 3. *§.* 4. *n.* 3. Seraphin. *priv.* 83. *num.* 85. *&* 99 *in fine.* Franzk. *L.* 2. *resol.* 4. *n.* 14. quod etiam obtinet, etiamsi minor, nulla ætatis facta mentione generaliter juraverit, se nullo modo & via impugnaturum contractum. Frantzk. *d. resol.* 4. *num.* 19. Nam minor simpliciter contrahens juramento adjecto, solum renunciare videtur beneficio ætatis, nec per hoc excluditur ab auxilio *l. 2. C. de rescind. vend.* Siquidem tantum ex juramento major effectus est *gloss. in d. l.* 2. *& in c. pen. X. de empt. & vendit.* nisi minor *expressim* promiserit juramento, se non acturum contra contractum, nec ratione minoris ætatis, nec ratione læsionis enormissimæ. Covarruv. *d. l. n.* 9. Sed tutius esse Interpretes putant, minorem, ubi dolus non concurrit, absolvere.

Fachin. *l.* 3. *c.* 14. quæ abſolutio etiam *in foro Saxon.* locum habet. Carpzov. 2. *c.* 35. *defin.* 2.

§. III.

Sic Jure communi *majoris* jurantis contractus *ob enormiſſimam læſionem* invaliditatur per abſolutionem, per tradita Sichard. *ad l.* 2. *C. de reſcind. vendit. num.* 12. Setſ. *l.* 1. *c.* 11. *num.* 14. *de Juram.* Covarruv. *d. l. p.* 3. §. 4. *num.* 8. quia jurans non videtur in tantam læſionem conſenſiſſe, nec de ea præcogitaſſe. Præſertim, quia ita gravis læſio non poteſt abſque vero dolo alterius contrahentis contingere. Covarruv. *d. l.* In foro *Saxonico* autem non reſcinditur ejusmodi jusjurandum, *Conſt. Elect. Sax.* 35. *p.* 2.

§. IV.

Occaſione læſionis enormisſimæ huc referendum erit *compromiſſum* ſive *laudum*, quod & ob eandem læſionem non debeat tenere & valere interpoſitum juramentum. Dec. *Conſ.* 31. & *Conſ.* 45. ubi dicit quod, dum quis enormiter læditur, juramentum nihil operatur, quamvis enim ſit licitum ex parte jurantis, tamen ex parte recipientis putatur eſſe illicitum, quia locupletatur cum aliena jactura, quod eſt contra bonos mores Jur. Civ. & Can. *l. plane.* 38. *ff. de hered. pet. l. nam hoc natura.* 14. *ff. de condict. indebit.* & dicitur dolo facere, ut inquit *text. in l. ſi quis mancipii.* 17. §. *ff. de Inſtit. act. l.* 1. §. *an in pupillum.* 15. *ff. depoſiti.* Imo ſic paria ſunt velle locupletari cum aliena jactura, & eſſe in dolo. Ad idem quoque facit, quia damnum facere, (quod contingit, cum locupletatio ſit in detrimentum alterius) dicitur fraudem facere. Sign. *in Conſ.* 82. *in fin. col.* 4. Cum itaque ſit illicitum ex parte recipientisnon valet. Seraphin. *priv.* 13. *num.* 100.

§. V.

Circa *materiam Contractuum* juramento firmatorum ſequentes notandæ regulæ: (1.) Juramentum pactum contra rei naturam interpoſitum non confirmat. *l.* 7. §. 10. & 15. *verſ. item ſi quis.* & §. *ſeq. ff. de pact. l.* 112. §. *ult. ff. de Leg.* 1. *l.* 5. *C. de LL.* v. gr. *ſi pecunia ex feudo* ven-

vendito sit redacta, & contrahentes de hac, ut nempe talis pecunia *pro feudo haberi* debeat, absque consensu & interventu Domini, convenerint & juraverint, non valet; quia de substantia feudi est, ut à Domino investituram faciente conferatur: Deficiente itaque Domini consensu ac voluntate, ipsum feudum deficiet; quem defectum neutiquam complere poterit juramentum paciscentium. Licet ergo fratres & agnati jurato convenerint, non eo tamen magis valebit pactio, nec pecunia ex feudo redacta feudalis censebitur. Köppen. *dec.* 18. *n.* 6. Coler. *part.* 1. *dec.* 94. *n.* 9. Heinr. Rosenth. *de feud. c.* 4. *concl.* 8. *n.* 7. Carpz. *p.* 3. *c.* 30. *def.* 3.

§. VI.

(2.) Non valet juramentum in præjudicium tertii. Exemplum est apud Covarruv. *ad c. quamvis,* 2. *de pact. in* 6*to, p.* 3. §. 3. *n.* 7. Nempe si quis inferior statutum fecerit, idemque firmaverit, de sententiis statim executioni mandatis, non obstante appellatione; tenetur enim appellationi ad superiorem interpositæ deferre, non obstante juramento; quia non potuit præjudicium facere æque superiori, qui hoc jus habet, ut ad eum appelletur; ac Appellanti, cui ab eo hoc concessum. Comite enim caret justitia tale juramentum, & propterea injuste alteri invito jus detrahere non licet. §. 2. *Inst. de his, qui sunt sui vel alien.*

§. VII.

(3.) Jusjurandum naturam, qualitates, conditiones omnes actus, cui accedit, recipit scil. ab exordio, non ex accidenti, ut dicit Covarruv. *d. l. p.* 1. §. 4. *n.* 2. Accessorium enim sapit naturam principalis. Hartm. Pist. *l.* 4. *qu.* 12. *n.* 2. Hering. *de fidejuss. c.* 9. *num.* 99. *c.* 27. *p.* 1. *num* 42. Et non auget obligationem extrinsecus, sed intra suos limites manenti vinculum religionis & conscientiæ annectit, ut tradit Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. c.* 4. *num.* 8. Huc faciunt ea, quæ Puffendorf. *in tr. d.* J. *N. L.* 4. *c.* 2. §. 6. sic habet: *Est autem probe observandum, juramenta in se non producere novam & peculiarem obligationem, sed obligationi in sese validæ velut accessorium quoddam vinculum supervenire. Semper enim dum juramus, supponimus aliquid, quo non præstito, divinam pœnam in nos provocamus. Atqui ineptum*

hoc esset, nisi illicitum foret, non præstare id, quod supponitur; adeoque nisi antea obligaremur. Quanquam sæpe uno sermonis complexu comprehendatur & principalis obligatio, & vinculum jurisjurandi accessorium. v. gr. Dicam ita me Deus adjuvet; ut ego centum Tibi dabo. Non ideo tamen supervacaneum est jusjurandum, quia obligationi jam antea firmæ accedit; scilicet etsi omnes non athei credant, Deum violationem promissorum, etiam injuratorum vindicare; iisdem tamen haud perquam vane persuasum est, acerbius puniri, qui iram Dei expresse provocarit, ac quantum in se fuit, ad ipsius misericordiam viam sibi præclusit. Ex quibus concluditur, quod illi actus, quibus aliquod vitium intrinsecum, obligationem producendam impediens adhærebat, obligatorii non fiant, jurejurando licet accedente. Sicuti nec per subsequens juramentum antegressa obligatio valida eliditur, aut jus per eandem quæsitum alteri tollitur: sic frustra quis juraverit, sese alteri debitum non soluturum.

§. VIII.

Hinc non impedit juramentum factæ *emptioni, venditioni* alicujus domus vel rei, nondum tamen traditæ, additum, ut non ejusdem domus & rei alteri etiam venditæ, sed & simul traditæ, ille, cui tradita est, dominus fiat. Nam is in dominio erit potior, cui res priori loco tradita, animo transferendi dominium, *l. 15. C. de rei vindic.* nihil operante juramento contra rei traditæ Dominum. Et eadem ratio est *in c. sicut. 22. X. de sponsal.* quod sponsalia etiam jurata per subsecutum matrimonium dissolvantur & priora nihil valeant; & ut ad horum dissolutionem necessaria non sit judicis autoritas. *Covarruv. in epit. in L. 4. Decret. tom. 1. in sum. c. 5. n. 9.*

§. IX.

Huc pertinet, quod dicitur *matrimonium metu*, cadente scilicet in constantem virum, *contractum* esse ipso jure nullum. *c. cum locum. 14. X. de Sponsal. c. significavit. 2. X. de eo, qui dux. in matr. eam, quam polluit per adult.* & procedit, etiamsi matrimonium metu contractum juramento fuerit convallatum. Adhuc enim nullum est ipso jure. *c. significavit 2. X. de eo &c.* glossa expressa *in c. 2. X. de his, quæ vi.* Quamvis enim juramentum metu præstitum non sit nullum ipso jure; sed sit ab eo expectanda absolutio. *c. si vero 8. X. de jurej.* In matrimonio

monio tamen id locum non habet, propter libertatem consensus, quæ in eo contractu ex natura ejus à sui primordio requiritur. Juramentum autem sortitur naturam, quæ ab exordio inest actui in quo præstatur. *l. f. C. de non num. pec.* Et *jure Canonico* etiam procedere, *absque absolutione* juramenti optime probat Fortun. *in l. si unus. 27. §. pactus ne peteret. 2. ff. de pact.* Sic ergo hoc casu juramentum adhærens conjugio per metum contracto, ita habet illam conditionem, si liber consensus intervenerit, sicuti ipse conjugalis contractus. Ideo cum ipse liber consensus deficiat ad juramentum in hoc casu requisitus, ipsum etiam juramentum est *ipso jure nullum.* Idem tenet Glossa *in d. c. significavit. 2. X. de eo, qui dux. in matr. &c.* & talis etiam est observantia *in foro Saxon.* Carpzov. *l. 2. tit. 1. def. 28. Jurispr. Eccles.* Nic. Bœr. *Conf.* 20 *num.* 43. Nec juramentum defectum consensus supplet. Et quamvis consensus adesse videatur; quia tamen solummodo simplex, & non liber est, nec tenet tale matrimonium. Covarruv. *in epit. c. 3. p. 2. §. 5. n. 2. & seqq. ad C. quamv. &c. p. 1. §. 4. n. 6.*

§. X.

Ex prædicta regula sequitur etiam, quod *donatio jurata revocetur nativitate filiorum superveniente,* & præstatio juramenti nihil valeat. *l. 8. C. de revoc. donat.* ex qua constat donationis cujuslibet proprium esse, quod ea revocetur, si donator liberos fuerit consecutus. Unde cum juramentum appositum donationi sequatur naturam & proprietatem ejusdem, satis constat, non deficere propter juramenti adjectionem hanc donationis proprietatem & naturam primævam. Tiraquell. *in d. l. 8. C. de revoc. donat.* Covarruv. *ad C. quamvis. de pact. in 6. p. 1. §. 4. num. 7.*

§. XI.

Inde porro procedit; *quod fidejussor* habeat *beneficium excussionis ex authent. præsente. C. fidejuss.* licet contractum fidejussionis juramento confirmaverit. Nam juramentum contractui appositum non operatur, ut is degeneret, sed tantum in sua forma & natura firmior fit, *l. fin. C. de non num. pec.* inprimis cum beneficium minime tolli

possit per juramentum. Tiraquell. *ad d. l. 8. C. de revoc. donat. in pr. num.* 147. Arum. *Exerc.* 13. *th.* 18.

§. XII.

Non obstat c. ex rescripto. 9. *X. de jurejur.* quia non dicit ibi summus Pontifex, fidejussorem amittere beneficium legis, ut scilicet velut principalis debitor inprimis conveniendus sit. Et licet fidejussori mandet, ut solvat, id mandet etiam debitori; Nec tollit legis beneficium. Quod si juramentum id efficeret, necesse erat id exprimere. Sicut alias summus Pontifex solet, cum aliquid statuit propter juramentum, quod legibus repugnat; ut patet ex *c. cum contingat.* 28. *X. jurej. c. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. Cui accedit quod Jus Canon. æquitate potissimum nitatur, qua nititur etiam hæc exceptio, ut pium sit fidejussoribus, & id genus hominibus ferre auxilium. *Nov.* 4. Hinc haudquaquam verisimile est, illud auferre juranti beneficium, de quo agitur. Fachin. *l.* 3. *c.* 15.

§. XIII.

Quin, qui juravit *se nolle fidejubere*, nec violare fidem & juramentum, si fidejusserit, volunt Guttierez. *de Jur. Confirm. p.* 1. *c.* 62. Hering. *de fidej. c.* 1. *n.* 56. *& seqq.* Setf. *l.* 1. *c.* 17. *n.* 26. Nec enim efficit præstitum juramentum, ut obligatio fidejussoris sit sine principali, quia vis juramenti non est, ut aliquid faciat, fingatque, quod nec usquam est, nec futurum erit. Hering. *d. l. c.* 10. *num.* 94.

§. XIV.

Insimul fidejussor *non plus debet re, loco, tempore, & causa, l.* 8. §. 7. *ff. de fidejuss.* Nec quicquam hic agit accessio juramenti, ut plus teneatur quam principalis, & quamvis juramentum & robur & firmitatem addat contractui; non tamen per id contractus à natura sua degenerat. Vasq. 1. *controv.* 40. *num.* 7. Setf. *de juram. c.* 25. *n.* 39. *& seqq.*

§. XV.

Hinc porrro deducitur, nec *Emphyteutam*, qui *juramento* contractum

tractum vallavit *se soluturum Canonem singulis annis*, cadere suo jure, aut privari emphyteusi, si uno anno cessaverit in solutione; vel si intra biennium solutionem intermiserit; propter contractus hujus naturam & proprietatem, cujus proprium est, non amitti Emphyteusin ob non solutam pensionem intra biennium. *c. potuit.* 4 *X. de locat. cond. l. ult. C. de Jur. Emphyteut.* Hæc vero proprietas non tollitur per juramentum, quia ex hujus contractus specie descendit. Covarruv. *ad c. quamvis.* 2. *de pact. in 6to. p.* 1. §. 4. *n.* 19. Hilliger. *ad Don. l.* 9. *c.* 15. *Lit. E.*

§. XVI.

Nec obstat c. querelam. 10. *X. de Jurej.* quia perjurus ibi excluditur ab Ecclesiæ administratione, hic vero sermo est de contractu, in quo non ita cautum est, ut perjurus in plus teneatur, quam lex & natura contractus postulet, vel ut jus suum amittat aliter, quam quod lege caveatur. *Nec obstat l.* 41. *si quis major. C. de transactionibus*, tum quia de transactionibus simpliciter loquitur; tum quia nihil aliud vult, quam jurantem carere commodo contractus, id est actione, quam ex contractu habet. Est enim iniquum, ut quis velit sibi servari fidem, quam ipse violavit. Sed in proposito ita lege cautum est, ut Emphyteuta non observans fidem, & sic in solutione cessans non statum suum amittat; sed ita demum si per triennium cessaverit; ergo non potest hoc jure privari propter perjurium; quia illud facit quidem, ut magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, ultorem habeat. *l.* 2. *C. de reb. cred.* non autem, ut ante triennium contra legis præcepta expellatur. Quæ enim erat difficultas legumlatori ita decernere, si voluisset? Non igitur nobis licet interpretatione nostra novam condere legem, qua vetus abrogetur in aliquo casu, de quo nulla fit mentio in jur. Civil. & Canonico. Fachin. *lib.* 3. *cap.* 16. Clarus §. *Emphyteusi. quæst.* 8. *n.* 2.

§. XVII.

Exinde & hoc tandem sequitur, esse non perjurum, si *compensationem* objiciat, qui jurato promisit se soluturum. Bart. *in l. amplius.* 15. *ff. rem rat. hab. l.* 2. *ff. de Compens.* Juramentum enim sequitur naturam contractus, super quo interponitur. *c. quemadmodum.* 25. *X. de Jurej.*

Jurej. Sed compensatio locum habet regulariter in debito. *d. l. 2. ff. de Compens.* ergo locum etiam habet in debito jurato. Et dedisse intelligitur, qui compensavit. *l. dedisse. 76. ff. de V. Sign.* Nec interest solverit quis, an compensaverit. *l. si debitor. 4. ff. Qui pot. in pign.* Jam autem & is, qui compensat, liberatur. *l. si ambo. 10. ff. de Compens.* E. is, qui compensat, solvit. Coppel. *de Compens. c. 4. n. 26. & seqq.* Martin. Uran. *in c. ad nostram. 9. X. de Jurej. n.* 10. Moller. *ad Const. Saxon.* 8. *p.* 1. *n.* 1. Sets. *l.* 1. *c.* 15. *n.* 10. *& seq. de Jur.*

§. XVIII.

Non obstat (1) *c. ad nostram. 7. X. de Jurej.* ubi non quæritur: an debitor possit compensare, fructibus in sortem imputatis; sed utrum juramento non obstante, res oppignoratas vindicare possit, antequam solvat. Sic (2) *in c. debitores. 6. X. eod.* nihil agitur de compensatione, sed debitor juramentum servare tenetur; nec potest illud propria autoritate contemnere, quanquam Ecclesiastica autoritate compelli possit creditor ad usuras restituendas. Nec facit in contrarium (3) quod nemo possit juramentum commutare, autoritate propria, etiam in melius. *c. pervenit. 2. X. eod.* & consequenter non compensare jurans, quia videtur juramentum commutare. Sed hæc commutatio juramenti, per compensationem facta, non fit ipsius debitoris autoritate propria, sed legis; quæ compensationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur solvere & postea repetere. Et sic jurans sine dispendio salutis æternæ potest contravenire juramento, quoniam qui compensat legis interpretatione, etiam solvere dicitur. *l. dedisse. 76. ff. de Verb. Sign.* Et quamvis tandem obesse videatur, quod etiam maxime Covarr. *ad c. quamvis. 2. d. pact. in 6to. p. 1. relect. §. 4. n. 16.* urget, quod compensatio non habeat locum in casu depositi *l. pen. C. depositi. l. ult. C. de Compens. ob maximam scil. fidem*, quam depositarius tenetur deponenti servare, eo, quod plurimum ei crediderit. Ergo nec in causa debiti jurati, tanquam majori. Sed in hisce legibus speciales casus sunt constituti, ob dictam jamjam rationem, quod tamen in aliis obligationibus non obtinet. Carol. Molin. *in tr. d. Contr. qu.* 43 Fachin. *l.* 1. *c.* 7.

§. XIX.

Quid sentiendum *de exceptione non numeratæ pecuniæ*? Et hanc, non obstante renunciatione mediante juramento facta, opponi posse affirmat Covarruv. *in epit. p. 2. c. 3. §. 3. n. 3. in med. verb. optime comprobat Fortun. &c.* quia exceptio illa propria est ipsius juramenti non tantum contractus. Imo hanc opinionem (quamvis CC. & Dd. inter quos est Coler. *in Proc. Exec. p. 1. c. 10. n. 199.* dissentiant) esse veriorem & æquiorem, tradit Beust. *de Juram. p. m. 115. n. 252.*

§. XX.

Reg. IV. Juramentum, cum semper in se habeat conditionem, & tacitam quasi clausulam: rebus sic stantibus; Ultra eandem non valet, aut porrigit vires; nec trahitur ad jus superveniens; ut exemplum est, *in c. cum inter. P. 2. X: de renunc.* ubi is, qui abjuravit beneficium, licite potest illud iterum obtinere, quia juramentum solummodo habet causam præsentem. Eo collimant etiam verba Puffend. *in l. 4. c. 2. §. 11. ubi dicit: Addita promissioni juramenta, conditionatam non mutant in absolutam. Non minus enim quod conditionem supponit cum conditione illa stat, caditque, quam injuratum promissum. Sed & juramentum, sicut quodvis aliud promissum, expirat, si cesset qualitas, sub qua juratum fuit; etsi expresse id non sit remissum.* Grot. *l. 2. c. 13. §.* 18. Hinc dicitur: quod, qui juravit tanquam Canonicus, & talis esse desiit, ulterius non tenetur servare juramentum. *arg. c. venerabilem. 34. X. d. Elect.* Abb. *in c. veritatis. 14. circa fin. X. de Jurejurando.* Sic qui juravit ut civis, vel Syndicus, si desinit esse talis, nec amplius obligatur juramento per præmissa; quia intelligitur *rebus sic stantibus*. Eadem est ratio, si quis juravit se *accepturum Doctoratum alicubi*, & ibi superveniat pestis, excusabitur à perjurio. Salicet: *in l. fin. C. d. pact.* Et si pariter Doctor juraverit, *se legere per triennium in Academia quadam, si habebit hospitium cum taxata pensione*, poterit in secundo anno non legere absque incursu reatus perjurii, si in secundo anno non habeat hospitium. *Dd. in l. si quis heredem. 7. C. d. inst. & substit. Cornel. in cons. 7. col. pen. ad fin. Vol. 1.*

Digitized by Google

§. XXI.

Similiter etsi *filia* renunciavit cum juramento patris hereditati viventibus fratribus, juxta *c. quamvis. 2. d. pact. in 6.* fratribus deinde mortuis succedit, non obstante juramento; quia, ut dictum est, intelligitur rebus sic stantibus. Roman. *in l. pact. un. dotali. 3. C. de collat.*

§. XXII.

Idem est si *Vasallus* juraverit fidelitatem Regi, si commiserit feloniam, quia Dominus desierat esse Rex, non incurrit perjurium, intelligitur enim jurasse rebus sic stantibus. *c. venerabilem. 34. & ibi Abb. in ult. not. X. de Elect.*

§. XXIII.

Tandem si debitor juraverit intra annum si non solverit, non erit perjurus, si bona fuerunt confiscata. Feder. *de Sen. in cons. 299.*

§. XXIV.

Coronidis loco paucis attingendum Juramentum (*quod pertinet ad Reg. 3. §. 7.*) *inutilibus stipulationibus* adjectum; quippe quæ alias nullæ sunt; §. 3. & 18. *Inst. d. inutil. stipul.* nec sacramento exinde firmari posse tradit Schneid. in §. 24. *Inst. d. inutilibus stipul. n. 3.* quia juramentum sequitur naturam principalis obligationis; sed si illa non valeat, nec juramentum aliquid operetur. *l. 5. C. d. LL. l. ult. C. non num. pec.* Hillig. *ad Don. l. 12. c. 18. Lit. G. in fin.* Etiam *Jure Canonico,* quia hic nullum inducendum est discrimen inter Jus Canon. & Civile, nisi expressum sit. *c. 1. X. oper. nov. nunci.* Hinc etiam Jure Canonico valet exceptio illa: *Tua non interest. c. cum inter R. 16. X. de Elect.* Jam autem stipulatoris non interest, ut alteri detur. §. 18. *Inst. de inutil. stipul.* E. stipulatio facta alteri inprimis J. Canon. non valet. Quam plurima adhuc inprimis de relaxatione adjungenda forent, sed ob instans iter, & alia, quæ me avocant, negotia domi expedienda, rumpere filum cogor, atque sic cum Deo iterum finio, cui sempiterna sit laus atque gloria.

Dis-

Dissertatio de Cessione Legis Anastasianæ, Præside JOH. JOACHIMO SCHOEPFERO, *J. U. Licent. Francofurti ad Oderam Mens. Octobr. Anno* 1684. JOH. SAMUEL. LUEDECKE, *Hallensis Saxo.*

PRÆFATIO.

AD litigiosum reservati sumus seculum, ubi rabularum malitia muscarum ad instar caligine obducit splendidissimum veritatis jubar. Quilibet horum iniquitati exponitur, quia nemo tam pacis esse potest studiosus, qui non aliquando vel invitus etiam ad limina judicii trahatur. Hoc erat malum, quod per multa secula Imperatoribus, ceu fontibus justitiæ impedimento fuit, quo minus limpidissimi veritatis & æquitatis fontes incorrupti manare potuerint. Verum enim vero, quomodo tolerare posset Respublica Romana, quæ, quod Leges attinet, cæteris omnibus ab intio statim palmam, si non præripuit, certè tamen fecit dubiam, injuriam hanc manifestam? Communissima semper fuit majorum opinio Imperatoriam Majestatem divinæ similiorem reddi nequire, nisi conservatione justitiæ, virtutis ab omni parte divinæ. Ex hac igitur abysso resultarunt tot tantæque constitutiones, quarum omnium finis erat ultimus & primus, ut remota litigantium libidine vera demum constituatur via procedendi in Judicio, & assidue provideatur ne Litis in detrimentum Reipublicæ justo amplius excrescant. Exemplis in re tam manifesta & tyronibus quoque non ignota opus esse non arbitror. Ne tamen temere quid dixisse videar, offero hic *L. per diversas* 22. *C. Mandati vel contra*, Constitutionem Imperatoris Anastasii Orbi terrarum, litibus & rixis pene obruto, præ cæteris saluberrimam. Gloriosissimus ille Princeps multifariis miserorum querelis motus rebatur Reipublicæ Romanæ fore utilissimum, si redemptiones Litium aliquo modo prohiberentur, eoque modo vaga Litium prolixitas coerceretur. Non enim erant contenti homines iniquissimi, si jure proprio divexare possent debitores ob miseriam & adversam fortunam gementes, sed inhiantes bonis alienis alienas ad se quoque trahebant causas,

 hoc

hoc ipso avaritiam suam satiaturi. Quod sicut omni rationi & æquitati erat contrarium; ita quoque Imperatorem tandem commovit, eoque perduxit, ut sanctione sancta constitueret, nullam nominis dubii cessionem minori pretio factam imposterum debere esse validam, nisi usque ad quantitatem pretii soluti. Edictum non modo tantæ Majestati consentaneum, sed & populo utilissimum. Fateor, hæc unica erat via, qua compesci poterat nequitia fraudulenta. Verum sicut rigor Juris semper debet esse temperatus cum æquitatis dictamine; ita quoque in præsenti casu generalitas aliquo modo erat restringenda. Cum enim fundamentum ejus dolo tantum & fraude nitatur, non paucæ tamen dentur cessiones, quibus nulla fraus esse suum concessit, limitationes quasdam admittere, & facto communi se submittere debuit Lex, alioquin utilitate sua satis perspicua. Summum etenim Jus quandoque summa esset injuria, nisi Judex conscientiosus æquitatis trutina ponderaret rigorosi Juris incertitudinem. Hæc cogitanti mihi quænam materia Disputationis potissimum sit eligenda, currebant ob oculos, videbam Clarissimos Juris Doctores multis limitationibus restrinxisse hanc Legem Anastasianam; operæ ergo pretium fore existimavi, obvios casus, eorumque decisiones, decisionum rationes colligere, & sub charactere Dissertationis Academicæ placide Eruditorum ventilationi submittere. Offero itaque, Benevole Lector, opusculum, vile quidem, sed imbecillitati meæ consentaneum, certo persuasus, civilitatem tuam errores (quid enim facilius, quam errare in materia difficili) benevole mihi esse condonaturam. Deum Ter Optimum Maximum vero flagrantissimis invoco precibus, ut ad hoc animum & vires mihi concedat sufficientes.

CAPUT I.

De Lege Anastasiana in genere.

SUMMARIA.

Ingressus. n. 1.
Emptio nominis nec olim nec hodie probibita. 2. *seq.*
Consensus debitoris non est necessarius n. 4. *seqq.*
Hodiernum cessionem esse licitam probatur. 13. *seqq.*

Occa-

Occasio Leg. Anastasianæ refertur. n. 15. *seq.*
Explic. L. 22. Mandati 17. & 18.
Explic. L. 23. d. t. 19.
Descriptio Leg. Anastasianæ. 20.
Quæ adhuc hodie in usu. 21.
Etiam in Marchia. 22.
Et in Saxonia per Edict. & Dec. Electoral. 23.
Sereniss. Elector. Saxoniæ requirit insinuationem judicialem. 25.
Mercatores & alii excipiuntur. 27.
An competens Judex requiratur? 28.
In Feudalibus Domini consensus requiritur. 29.
Notarii autoritas non sufficit. 30.
Quid Cessionarius in pretium computare possit? 32
An valeat si dimidium pretii dederit? 33.
Quodnam pretium moraliter justum? 35.
Cessionarius probet summam datam. 36.
An instrumento cessionis? 37. *seqq.*
Affirmativæ rationes. 38.
Negativa verior; 39. *seqq.*
Quatenus privata confessio probet. 41.
Publico Instrumento & testibus plus creditur. n. 42.
Juramentum tamen deferri potest. 43.
Quo facto testes non sufficiunt. 44.
Ad reliquas rationes respondetur. 45.
Quod limitatur in liquidis. 47.
Non sufficit fidem de pretio esse habitam. 48.
Nisi pendente Judicio solvatur. 52.
Ubi utilis Juramenti delatio? 53.
Cui superfluum pretii non soluti adjudicandum? 54.
Prima opinio id attribuit Cedenti. 55.
Ejus fundamenta & responsiones. 56. *seqq.*
Secunda tribuit fisco. 59.
Rationes. 60.
Refutatio. 61.
Quæ pœna in Usurarios contractus statuta? 62. *seqq.*
Quæ in hoc casu nostro non obtinent. 64.
Quod declaratur. 65.
Tertia tribuit Debitori & approbatur. 68.
Et Autoribus & præjud. confirmatur. 72.

PRæmissis igitur ad DEUM votis, converto me ad scopum ipsum, 1
quod quo facilius & commodius fieri possit, necessarium existimavi de Natura Legis Anastasianæ disserere. Cum enim, hoc omisso, ejus cessatio neque tractari commode, neque intelligi perspicue possit, Benevolo Lectori, non ingratum fore arbitror, si occasio-

nem hujus Legis, aliasque quæstiones à proposito nostro non penitus alienas, sed potius scitu necessarius in hoc Capite primo præmittamus.

2 Priori itaque ac potiori loco ceu fundamentum ac basin totius structuræ ponimus: *Emptionem & translationem nominis nullo unquam tempore neque olim neque hodie fuisse prohibitam.* Mira videbitur forsan hæc regula, sed facillime probatur *ex t. t. ff. & C. de her. & act. vend.* Utut enim substantiale emptionis & venditionis requisitum sit ut præter consensum & pecuniam res aliqua certa interveniat, (sine re enim quæ veneat, nec emptio nec venditio potest intelligi. *l. 8. pr. ff. de contrah. empt.*) Nomina tamen & actiones tales quoque res dicuntur,
3 quæ enim & vendi possunt secundum Ulpianum *in L. 17. ff. de hered. & act. vend.* Adeoque generalis in emptionibus sumitur vocabulum rei, ita ut etiam incorporalia complectatur *per L. Rei appellatione 23. ff. de V. S. §. 2. & tot. t. J. de reb. corporal. & incorporal.*

4 Quod de consensu diximus in emptione nominis, non extendendum ad debitorem cessum, cujus consensus ut requiratur tanquam substantiale, tantum abest, ut eo inscio, &, quod majus invito nomina per cessionem in alium transferri possint. Petr. Gregor. *lib. 21. Syntagm. cap. 10 n. 6.* Joh. à Sande *de. Act. cess. cap. 9. n. 5.* Struv. *Exerc. 22. th. 77. in fin.* Stryk. *in Caut. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 5.* Mev. *part. 5. decis. 395. n. 6. l. 3. C. de hered. vel act. vendit.* ibi Gothofred.
5 *lit. o. l. 1. C. de novat. l. 2. C. de donat.* Quamvis enim hæc sententia dubia videatur, quia (1.) si debitor cessus nullum negotium cum cessionario contraxerit, cessionarius actionem personalem contra ipsum movere nequit, utpote quæ semper oritur vel ex con-
6 tractu, vel ex delicto. juxta §. 1. *Institut. de Action.* Quorum neutrum in præsenti casu obligare poterit debitorem, respondetur tamen, debitorem quidem actionibus directis eatenus conveniri non posse, quasi contraxerit cum cessionario, bene tamen, quia contraxit cum cedente, qui postea Jus suum agendi transtulit in cessionarium, & sic non tenetur actione directa bene tamen utili: Quo facit vulgatum illud axioma: Exceptio quæ poterat opponi cedenti, recte quoque objicitur cessionario. Anton. Faber *in Cod. lib. 4. tit. 26. def.*

def. 22. *n.* 4. Thessaur. *dec.* 22. Joh. à Sande *de Act. cess. cap.* 13. *n.* 2. Mev. *part.* 7. *dec.* 181. Carpz. *part.* 2. *const.* 17. *def.* 19. *n.* 3. & 4. Quod fieri non posset si actionibus directis conveniretur. Cum itaque cessionarius debitorem conveniat non ex jure proprio, sed sibi cesso, omnibus quoque gaudere debet juribus auctoris sui & consequenter non est necessaria geminatio consensus debitoris, qui semel contrahendo & consentiendo se ad solutionem obligavit. 7

Similis erit responsio, si (2.) objiciatur, neminem invitum alteri obligari debere, *arg. l. invitum* 11. *C. de contrab. empt. l.* 55. *ff. de O. & A. l. Sicut.* 5. *C. eod.* Mev. *part.* 5. *decis.* 395. *n.* 6. quod tamen hic fieret, si cessio invito debitore facta, esset valida. Limitanda enim hæc regula, quæ procedit quidem, si agatur de obligatione principali, & nullo penitus præcedente facto, nullo modo vero subsistere poterit, si factum aliquod præcesserit, quod de obligatione principali abunde testari potest. Sicuti enim heredes in testamento instituti ex contractu cum defuncto inito obligantur. §. 1. J. *de perpet. & temp. act. l.* 13. *C. de contrab. stipul.* ob rationem, quia heres transit in jus defuncti. *l.* 24. *ff. de V. S.* ideoque pro una eademque persona cum defuncto habetur. Barbos. *lib.* 8. *c.* 5. *axiom.* 2. Mollenbec. *Cent.* 3. *divis.* 40. *addit.* 1. *l.* 11. *ff. de divers. & temp. præscript.* Ita quoque cessionarius interpretatione juris repræsentat personam primi creditoris per deducta à Joh. à Sande *in tract. de Cess. act. c.* 9. *n.* 1. Et quia uniuscujuslibet obligationis initium spectari debet & causa. *l.* 4. *si mens. fals. mod. dix. l. si Procuratorem pr. ff. Mandati.* Satis oblgatum sibi habet debitorem cessum, quamvis cessio citra ejus consensum fuerit facta. 8 9

Nec obstat (3.) quod creditor invitus non cogatur mutare debitorem & alium accipere. *l.* 1. *de novat.* Mev. *part.* 2. *dec.* 241. *n.* 2. Brunnem. *ad l.* 11. *ff. de novat. n.* 2. Strauch. *Dissert.* 17. §. 8. Debitorum enim pactionibus creditorum petitio mutari non potest. *l.* 25. *C. de pact.* Ergo nec debitor cogendus ut invitus alium accipiat creditorem, quia non debet actori licere, quod reo non permittitur. *l.* 4. *ff. de R. J.* Quod denique (4.) aperto satis confirmat *L.* 6. *C. de novat.* ubi clare rescribitur non posse quem invitum creditoris delegari. Mev. 10 11

part.

part. 6. *dec.* 12. *n.* 7. Struv. *Exerc.* 47. *th.* 63. Facilis tamen patet responsio & quidem ad *L.* 41. *de R. J.* eam non procedere quoties adest ratio diversitatis, quæ hic non obscura, debitor enim invito creditore mutari non potest, quia ejus maxime interest ut habeat debitorem idoneum, debitoris vero nihil cui exsolvat, sive cedenti sive cessionario. Ad posterius regero insignem esse differentiam inter delegationem & cessionem. Mev. *part.* 3. *decis.* 395. *n.* 6. *per l.* 1. *C. de novat.* ibique *Dd.* ubi Imp. expresse dicit, delegationem faciendam esse, consentiente debitore delegatio; nominis vero venditionem cessionem debitore ignorante imo & invito fieri posse. Sed experis forte rationem diversitatis, cum in utroque casu creditor revera mutetur. Nam & in cessione debitor post denunciationem à cessionario factam non amplius suo creditori, sed cessionario solvere potest. *l.* 3. *C de novat.* ibique Brunnem. *n.* 3. Et si nihilominus primo creditori solvat, adhuc semel solvere tenetur. Stryk. *Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. § . 8. Ratio diversitatis breviter hæc est: per delegationem debitoris delegati obligationem novari, in cessione vero non. Cujus effectus est quod debitor delegatus principalis creditor debitoris cui delegatus est exsistat, & sic exceptionem illam, quam poterat opponere deleganti, secundo creditori opponere non possit. Hahn. *ad Wesenb. tit. de Novat. circa fin.* Zœs. *ad ff. tit. de Novat. n.* 18. Rutger. Ruland. *de Commiss. part.* 3. *lib.* 10. *cap n.* 11. Stryk. *d. cap.* 2. §. 4. *in fin.* In cessione vero omnes exceptiones, quas contra credentem habet, salva quoque sunt contra cessionarium. Mev. *part.* 7. *decis.* 181. Struv. *Exerc.* 47. *th.* 65.

12 Diximus emptionem, venditionem & cessionem nominis nullo unquam tempore fuisse prohibitam. Quod enim pristina attinet tempora, dubium aliquod superesse vix puto, cum Imperator ipse in
13 Lege nostra testis hac de re sit locupletissimus. Hodienum vero adhuc liberam cuivis esse facultatem, nomina sua per cessionem in alium transferendi, negari non potest, cum *per L. per diversas.* 22. & *L. ab Anastasio* 23. *C. Mandati vel contra.* neutiquam sit sublata. Accurata enim harum Legum perlectio evidenter docet, effectum cessionis quidem in tantum esse restrictum, ut certis scil. casibus plus à debitore exigi nequeat, quam ea summa pecuniæ, quæ revera pro

actione

actione cessa fuit exsoluta; Interim tamen libera adhuc potestas ce- 14
dendi cuivis relicta modo requisita justæ, cessionis fuerint observata. Conf. Oldendorp. *Class. act.* 3. *act.* 2. *qu.* 4. Donell. *lib.* 25. *Comm. cap.* 43. cum secundum communissimam Dd. opinionem adhuc hodie venditio nominis contractus licitus sit, & jure permissus. Christian. Lenz. *de Cess. cap.* 25. *n.* 1. Francisc. Niger, Cyriac. *Controv. forens.* 676. *n.* 1. Mev. *part.* 3. *decis.* 239. Roderic. *de Ann. redit. L.* 2. *qu.* 21. Honorat. Leotard. *tract. de Usur. qu.* 39. *n.* 1. Jacob. de Aren *de Cess. Jur. rubr.* 4. *n.* 54. Bertazoll. *clausf.* 27. *gloss.* 6. *n.* 1. Tiraquell. *de Retract. lign.* §. 26. *Est.* 3 *n.* 2. cujus contrarium qui allegat probatione gravandus. Alphonsus de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit.* 3. *qu.* 1. *n.* 2. ibique allegat.

Ut eo evidentius appareat, Legem Anastasianam non noceret 15
huic libertati, paucis videbimus, quæ fuerit occasio hujus Legislationis. Excreverat quotidie causidicorum malitia, quibus semper in more positum, astutiis suis circumire Leges saluberrimas, & tamdiu arrodere multifariis limitationibus & restrictionibus, donec
propositam attigerint metam. Inter alias constitutiones utilissimas 16
non infimum obtinet locum. *l.* 6. §. *fin. ff. Mandat.* & *l.* 6. *C. de postulat.* in quibus severissime videmus prohibitum de quota Litis pacisci. Accedit *l.* 5. *C. de postulat.* quæ Advocatis & causarum patronis, si contra Leges de Litis quota paciscantur, dictitat pœnam infamiæ & suspensionis ab officio. Conf. Farinac. *de var. & diversf. crim. qu.* 106. Hillig. *ad Donell. lib.* 18. *cap.* 3. *lit. Bbb.* & *seqq.* Lanfranc. Zachias *in tract. de Salario quæst.* 52. *num.* 69. *seqq.* Trentacinq. *tit. de Postuland. resol.* 1. Nathen. *de Just vulnerat. part.* 2. *tit.* 39. *cap.* 3. *num.* 16. Petrus Ala *de Advocato Christiano part.* 1. *quæst.* 12. August. Barbos.
ad d. L. 5. *de postulat.* sed admiratione digna est omnino astutia rabu- 17
larum. Hi callidissimi homines excogitabant medium, mediante quo interdum plus consequebantur, quam si de quota Litis fuissent pacti. Inhiantis enim bonis alienis, (ut verba Imperatoris mea faciam) & fortunis, curabant cessiones actionum aliis competentium in semet exponi, eoque modo diversis vexationibus afficiebant personas litigatorum. Hoc cum per diversas interpellationes delatum sit ad Imperatorem Anastasianum, motus fuit Princeps prudentissimus hisce subditorum querelis, & in *L. per diversas C. Man-*

dat. vel contra. sanctissime constituit, debitorem imposterum ad nihil aliud debere esse obligatum quam ad summam soluti pretii. add. Philibert. Bugnon. *de LL. abrogat. lib. 2. cap. 47. lit. A.* Christian. Lenz. *de Cess. nomin. cap. 23.* Manz. *Interpr. L. Anastas. n.6.* Honorat. Leotard. *in tract. de Usur. Contract. qu. 39. n. 21, & 22.*

18 Ne tamen generalitas hæc omnem tolleret cedendi facultatem, eoque modo contractus hic utilitate non ultimus penitus veniat in desuetudinem, Exceptiones quasdam, inter easque cessionem nominis dubii esse validam, si per meram donationem transferatur, ap-
19 posuit. Hanc occasionem ambabus amplectebantur manibus redemptores Litium, & postea cessiones nominum illicitas sub technis factæ pro parte donationis abscondere tentabant. Verum & huic libidini capistrum adjecit Imperator Justinianus, quippe *in L. ab Anastasio 23. C. Mandati.* non modo Legem Anastasianam confirmavit, sed noviter quoque constituit, cessionem pro parte venditam pro parte donatam ipso jure debere esse nullam, & debitorem ad solam pecuniæ summam, quæ revera fuit exsoluta, esse obligatum.

20 Hæc est brevissima summa harum utilissimarum Legum, ex qua fluit descriptio: *quod* Lex Anastasiana *sit constitutio prohibens, ne liceat pro nomini dubio per cessionem acquisito plus exigere, quam quod revera datum.* Videmus itaque per eandem cessionis effectum aliquo modo esse restrictum, eam vero penitus abrogatam dicere velle, absurdum esset, ut inquit Faber. *lib. 4. tit. 26. def. 9.* Lenz. *de Cession. cap. 22. num. 28.*

21 Legem Anastasianam adhuc hodie in usu esse vix est quod dubites, nisi quorundam *in LL.* de facto peccantium malitiam jus constituere & abrogare abstruere velis, abrogatam tamen dicunt Giphan. *ad L. 22. C. Mandati circa init.* Rath. *de contrah. empt. Assert. 31. n. 7.* Simon Grœnwegen *de LL. abrogat. ad h. l. 22. n. 4.* De Gallia mirum in modum variant ipsi Dd. Galli. Desuetudine eam adumbratam esse contendit Papon. *lib. 12. tit. 1. art. 1.* Cujac. *lib. 10. Obs. cap. 3.* Embert. *in Enchirid.* allegat. à Gothfr. *in not. ad d. l. 22. lit. Q.* aliique relati à Philibert. Bugnon. *tract. de LL. abrogat. lib. 2. cap. 47. in not. lit. A.* Eam

A. Eam in Gallia etiamnum valere probant Charond. *Respons. Jur. Gallic. lib. 7. resp.* 91. Maynard. *quæst. notab. lib. 7. c.* 90. Imo nihil duabus hisce constitutionibus usitatius esse dicit Mornac. *ad d. L.* 22. ad quam sententiam ipse Bugnon. quoque *de LL. abrog. d. l.* magis inclinat. In Germania ejus observantia abunde patet ex traditis Menoch. *lib. 3. præsumpt.* 129. Manz. *in interpr. L. Anastas.* 9. Carpz. *part.* 2. *consl.* 30. *def.* 35. Goswin. Esbach. *in Not. ad Cz. d. l. def.* 36. *n.* 5. Christian. Lenz. *de Cess. nom. cap.* 3. *seqq.* Struv. *Ex.* 23. *th.* 80. Mev. *part.* 6. *decis.* 228. & 229. *part.* 9. *decis.* 53. Brunnem. *in tract. de Cess. act. cap.* 1. *n.* 72. *seq.* Stryk. *in Caut. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 9. Freyer. *in tract. de Solut. cap.* 3. *n.* 21. Lauterb. *ad ff. tit. de Her. & act. vend.* §. 2. *n.* 38. ibique multarum Facultatum alleg. præjudic. Quod confirmat Constitutio Cæsarea Ferdinandi III. *sub dat. de* 2. *Jun.* 1649. ibi circa mod. Dahero Wir um so viel mehr bewogen berührte Anastasianam und nachfolgende Justinianeam Constitutionem *in LL. fin. Mand.* hierdurch zu erfrischen rc. quam Constitutionem integram vid. pen. Dn. Brunnem. *in fin. tract. de Cess. act.*

Eandem Legem Anastasianam in Marchia nostra ac Pomerania 22
obtinere docet idem Brunnem. *Consil.* 17. *n.* 8. Idque comprobat Constitut. Sereniss. Elect. Brandenb. Dni. Nostri Clementiss. de die 18. Jul. 1661. ibi: Und im übrigen vorgedachter gnädigster Constitution ab Anastasio in allem und jedem nachgelebet werden: vid. Goswin. ab Esbach. *in Not. ad Carpz. part.* 2. *constit.* 30. *def.* 36. *n.* 5. ubi hanc Constitutionem refert.

Saxoniam vero quod attinet, vix credo, aliquem unquam ex- 23
titisse, qui autoritatem Legis Anastasianæ fecerit dubiam, cum variæ Decisiones Electorales plurimum roboris, quod adhuc deesse videbatur, illi ipsi addiderit. Inter has non immerito notandum Edi- 24
ctum Electorale *de Cessionibus sub dato d.* 1. *Febr.* 1614. cujus meminit aliquoties Carpzov. *lib.* 5. *resp.* 33. Ipse Serenissimus *in Dec. Nov.* 28. *n.* 12. *seqq.* & verbotenus legi potest *in tract. speciali* Christian. Lenzii *de Cess. nomin. in fin.* & penes Joh. Philipp. *in Obs.* 1. *ad Dec. Elect.* 28. ubi Elector Serenissimus hunc in modum satis pie constituit: So sollen des Anastasii und Justiniani gantz heilsame Constitutiones de Cessio-

nibus Actionum in guter Aufacht gehalten und denenselben auf begebende Fälle im Sprechen und Erkennen præcise nachgegangen werden. Hoc tamen Edictum non de omnibus cessionibus indistincte intelligi debere, declarat Elect. *in Dec. Nov.* 28.

25 His generaliter præmissis aliquot postea adhuc addidit requisita, quæ substantiam & essentiam dare imposterum debeant cessioni. Vult enim Serenissimus Elector in modo allegato Edicto §. Wie dann auch. *& seqq.* omnem cessionem nominis judicialiter esse faciendam. Ratio hujus Sanctionis est justissima, quia Contractus clandestini semper habemur suspecti. *l. ult. ff. de Rit. nupt.* & omnis clandestinitas laborat præsumptione fraudis. *l. 45. ff. de admin. & peric. tut.* ibique Brunnem. *n.* 2. Coler. *de Process. execut. part.* 1. §. 10. *n.* 193. Carpz. *part.* 4. *const.* 20. *def.* 7. *n.* 6. *& lib.* 2. *Jurispr. Eccles. def.* 33. *n.* 8. *& Prax. Crimin. part.* 1. *qu.* 25. *n.* 51. Quod maxime verum in negotio tali, ubi fraudes intervenire solent, cujus farinæ quoque est nominis cessio.

26 Ne itaque aliqua adhuc maneat occasio fraudandi Leges, judicialem insinuationem injunxit contracturis, quia quæ autore & præsente Judice fiunt, omnem sinistram suspicionem excludunt & removent. *l.* 107. *ff. de R. I.* Solos mercatores exemtos voluit ab hac
27 judicialis insinuationis necessitate, si scil: inter se contrahant. Notanter dixi: *inter se*: Nam si cum aliis negotium hoc ipsis intercedat, nihil de solennitatibus ipsis remittitur. §. Und solches zum Fünfften etc. Quod *in Dec. Elect. Nov.* 28. extensum ad heredes, legatarios, fideicommissarios, & quibus debitum in solutum ceditur. §. Von solcher Satzung, ita ut hi insinuare suas cessiones necessum non habeant.

28 Competentem præterea Judicem requirit Elector Serenissimus, ut coram ipso consummetur cessio, hac tamen limitatione, si actio cessa tendat ad persecutionem rei immobilis. In actione rerum mobilium vero sufficit insinuationem fieri coram Judice quocunque, etiam incompetente; vid. *d. Edictum* §. Anreichende aber etc. In novissima tamen *Dec.* 28. cessionem coram quocunque Judice fieri posse admit-

mittit Serenissimus Elector *in med.* ibi: Er solches coram quocunque Judice Gerichtlich zu thun.

Hoc adhuc monendum, quod si actio rem feudalem persequens cedatur, præter Judicis ordinarii & competentis consensum expressa quoque Domini feudalis approbatio requiratur per clara verba *d. Edict.* §. Und ob wohl 2c. ibi: Und soll keine dergleichen Cession ohne des Lehn-Herrn neue Einwilligung, ohnangesehen der Verschreibung und darüber zu Anfang ausgewirckten Consens, die Clausul: Von jedem getreuen Innhaber, einverleibet, vor kräfftig erkannt werden. Quod *in Decis. Elect.* 28. *circa fin.* iterum confirmatum per verba: Es wäre dann eine Lehens-Verpfändung darin enthalten. 29

Tandem Elector Serenissimus reprobavit autoritatem Notariorum, & quo omnia eo magis secure & solenniter peragantur, expresse constituit, quod non obstante, cessionem coram Notario & testibus esse factam, ea nihilominus coram Judice ordinario sit insinuanda, nisi nullitatis vitio laborare velit. Notario alias in iis, quæ coram ipso gesta sunt, omnino fides est habenda; Faber *in Cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 20. *n.* 7. quia pro Notariis tanquam juratis, eorumque instrumentis præsumitur; Lenz, *in tract. de Cess. cap.* 26. *membr.* 3. *n.* 8. quæ instrumentis publicis annumeranda, imo fidem faciunt, quamvis testes & Notarius fuerint mortui. Carpz. *part.* 3. *const.* 3. *def.* 37. *n.* 6. Verum quia insignis Notariorum copia membra in se continet non pauca, qui partim ignorantia, partim malitia damnum inferre possunt, non contemnendum, tutius judicavit Elector Serenissimus in casu præsenti aliquam autoritatis partem ipsis detrahere, quam multorum causas justissimas horum malitiæ exponere, *per d. Edict.* §. Und ob Wir Uns 2c. ibi: Wann aber doch der Notarien hin und wieder eine grosse Menge, deren etliche gantz ungeschickt, eigennützig, und in Contracten grosse Verwirrung anrichten 2c. 30 31

Apparet ex prædictis satis evidenter, quod Lex Anastasiana eandem hactenus retinuerit autoritatem, & quod nec hodie liceat plus exigere pro cesso nomine dubio, quam quod revera exsolutum, addendum modo, cessionarium imputare posse ac repetere à 32

debitore cesso pretium pro labore sumptus itineris, ut & usuras litiumque expensas, quas facere necessum habuit in exactione debiti sibi concessi. Menoch. *lib. 3. præsumpt. 129. n. 4.* Sichard. *ad L. 22. C. Mandati. n. 4.* Franzk. *lib. 1. resol. 8. n. 71.* Joh. Philipp. *ad Dec. Elect. 28. obs. 3. n. 3.* Brunnem. *in tract. de Cess. cap. 1. n. 67. & 68.* Goswin. ab Esbach *in Not. ad Carpz. part. 2. const. 30. def. 36. n. 6.* Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 16.* & late Dn. Lauterb. *ad ff. tit. de hered. & act. vend. §. 2. n. 29.*

35 Occurrit jam Sententia Berlichii, qui *part. 1. dec. 33. n. 24. & 25.* asserit, validam esse cessionem nominis dubii modo, omnibus expensis & usuris computatis læsio non sit facta ultra dimidium, Mev. *in Discuss. levam. inop. debit. cap. 7. num. 28.* adeoque debitorem non posse opponere exceptionem Legis Anastasianæ, eamque opinionem corroborat Berlich. *d. l.* præjudicio allegato. Verum non placet hæc assertio, quamvis enim Sereniss. Elector Saxoniæ *in Dec. 28.* idem videatur innuere, cessionem debere esse validam, si ultra dimidium læsio nulla contigerit. §. Setzen, ordnen rc. ibi: Jedoch daß solches zum wenigsten den halben Theil erreiche. Hæc tamen verba, ut & Mevii sententia intelligenda sunt de casu, ubi inter cedentem & cessionarium ventilatur quæstio: anne læsus sit cedens ultra dimidium, quod haud obscure ex textu & versu subsequente: Es wäre dann selbige rc. apparet, ubi satis clare de cedente & cessionario loquitur Elector Serenissimus, minime vero de debitore cesso, qui utique excipere possit cessionem esse contra L. Anastasianam. Licet enim L. Anastasiana non competat cedenti si pro minori pretio vendiderit, sed ejus respectu sit exceptio juris tertii, competit tamen debitori. Mev. *part. 6. dec. 229.* Quod etiam bene animadvertit Brunnem. *in tract. de Cession. cap. 1. n. 69. & 70.* ubi eleganter refutat Berlich. sententiam. Vid. etiam Manz. *ad L. Anastas. qu. 3. n. 7.*

36 Idem judicandum de prolixa Moralistarum quæstione, quodnam pretium in exemptione nominum dicatur justum, de qua vid. Ludov. Molin. *de Just. & Jur. Tr. 2. Disp. 361.* Leymann. *eod. Tract. lib. 3. Tract. 4. cap. 27. §. 5. n. 32.* Nos breviter omne pretium justum esse dicimus, quod sine dolo fuit exsolutum, nisi læsio ultra dimidium

dium contigerit. Lauterb. *ad ff. h. t. de hered. & act. vendit.* §. 2. *n.* 29. *in fin.* scil. in casu, ubi cedens retractare vult. Quod si vero debitor cessus excipiat, valida quidem erit cessio pro quali quali pretio facta, modo cessionarius ultra summam sibi cessam nihil ulterius exigat. Cum ita- 36
que debitori cesso per L. Anastasianam insigne hoc concessum sit beneficium, ut ultra solutum pretium cessionario non sit obligatus, sequitur suapte sponte, incumbere cessionario onus probandi, quidnam revera pro debito solverit cedenti. Lauterb. *ad ff. de hered. & act. vend.* §. 2. *n.* 35. Occurrit itaque quæstio intricata, an hoc solo instru- 37
mento cessionis sufficienter contra debitorem cessum probari possit. Pro affirmativa sententia militare videntur sequentes rationes: 1.) Quod Instrumentum pro se habeat præsumptionem veritatis. *l.* 7. *C. deposit. l.* 18. *C. de probat.* ibique *Dd.* quæ tamdiu habenda pro rei veritate, donec probetur contrarium. Barbos. *ad d. l.* 18. add. §. *Item verborum* 12. *Inst. de inutil. stipul.* ibique *Dd.* Tabor *in Barbos. locuplet. lib.* 9. *cap.* 72. *axiom.* 3. 2.) Quod nullibi cautum, aliter quam in- 38
strumento cessionis probandam esse numerationem. 3.) Quod nihil intersit debitoris, qui obstrictus est solvere, sive solvat cedenti sive cessionario. 4.) Quod confessio habenda sit pro veritate, nisi probetur contrarium. *L. unic. C. de Confess.* Cum magis adhuc probet quam instrumenta & testes. Roland à Valle *vol.* 2. *consil.* 71. *n.* 41. Mev. *part.* 2. *dec.* 241. *n.* 4. Hisce parum prægnantibus rationibus affirmativam defendunt Tiraquell. *de Retract. lignag.* §. 1. *gl.* 18. *n.* 86. *seqq.* Paul. de Castro *cons.* 394. *vol.* 2. Alexand. *vol.* 4. *cons.* 25. Trentacinq. *lib.* 2. *tit. de Action. resol.* 2. *n.* 4. Christ. Lenz. *in tract. de Cess. cap.* 25. *membr.* 4. *n.* 27. *& seqq.* Quod maxime verum si instrumento justi pretii quantitas fuerit inserta, cum sic non adsit, ex quo fraudis præsumptio capi possit, uti vult Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n* 62.

Verum contraria Sententia, uti receptior, ita juri quoque ma- 39
gis conformis, quia (1.) in nullo actu suspecto confessio contrahentium sufficit. Cessio vero præsumitur suspecta, quia sæpius fieri solet animo vexandi debitorem. Brunnem. *ad L.* 22. *C. Mand. n.* 1. Anton. Faber. *in Cod. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 20. *n.* 2. & 3. Honorat. Leotard. *in tract. de Usur. qu* 39. *n.* 26. ibique *allegat.* (2.) Confessio unius tertio præjudicare non potest, *t. t. Cod. res inter alios acta al. ne præjud.* 3. quia si valere deberet, aliter valere non posset, quam testimonium alicujus testis,

testis, cui tamen injurato fides non habetur. *l. 9. C. de Testib.* ibique Brunnem. *n.* 1. Carpz. *part.* 1. *const.* 16. *def.* 31. Ruland. *de Commiss. part.* 2. *l.* 2. *c.* 12. Farin. *de Testib. qu.* 74. *n.* 53.

40 Hanc nostram sententiam approbatam videbis à Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 130. *n.* 20. Berlich. *part.* 1. *dec.* 32. *n* 12. Anton. Fabro *l.* 4. *C. tit.* 26. *d.* 20. *n.* 2. Carpzov. *lib.* 5. *resp.* 33. *n.* 9. Brunnem. *d. l. & in tract. de Cess. cap.* 1. *n.* 12. *seqq.* Honorat. Leotard. *d. qu.* 39. *n.* 25. *seqq.* Stryk. *in Caut. Contract. Sect.* 4 *cap.* 2. Franciſc. Niger. Cyriac. *Controv. for.* 617. *n.* 2. *& Controv.* 672. *n.* 8. Viv. *dec.* 158.

41 Ad contraria respondere non erit difficile; primam enim quod attinet rationem, distinguendum censemus inter instrumentum privatum & publicum. Privatum licet habeat vim ac potestatem probandi, postquam fuit recognitum & publico æquiparetur instrumento. Bruckmann. *vol.* 1. *cons.* 7. *n.* 17. Brunnem. *ad L.* 5. *C. de probat.* Id tamen procedit tantum, si agatur de præjudicio ejus, qui scripsit & recognovit; contra tertium vero scriptura privata licet recognita nihil probat. *c.* 2. *X. de fid. instrum.* ibique *Dd.* ne scripto plus credatur, quam vivæ voci. Nam si cedens dicat, sibi satisfactum, producendus esset tanquam testis; Testi jurato vero nihil creditur. Mollenbec. *cent.* 2. *Divis. Jurid.* 2. *Addit. n.* 8. Ergo multo minus ejus privatæ scripturæ.

42 Publico tamen instrumento plus fidei tribuendum esse nulli dubitamus, modo Notarius & testes viderint pecuniam revera esse solutam. Quorum testimonio interim standum foret, donec contrarium foret probatum. *l.* 31. *C. de donat.* cum Carpzov. *part.* 2. *const.* 34. *def.* 7. *n.* 3. & 4.

43 Idem judicandum, si testes jurato deponant, se vidisse tantum pro cessione fuisse exsolutum. *l.* 15. *C de fid. instrum.* Verum cum & hoc modo facile damnum incurrere possit debitor: (posset enim pars debiti esse restituta & dicis causa tantum numerata pecunia) hinc licitum erit debitori cesso, præstito prius juramento de calumnia. *l.* 34. §. 4. *ff. de jurejur. c. fin. X. de jurejur.* juramentum deferre cessionario, annon aliquid de pretio receperit. Stryk. *in Caut. Contr. Sect.* 4. *cap.* 2. *n.* 12. qui præjudicio hoc corroborat. Aliud vid. pen. Brunnem. *cent.* 3. *dec.* 85. *n.* 4. & 5. Manifestam enim continet turpitudinem jurare nolle. *l.* 38. *ff. de jurejur.* cum veritatem denegare videatur. 1. *Feud.*

23.

23. *in fin.* præcipue cum hic agatur de præjudicio privatorum & causa civili, ubi juramenti delationi semper locus. Quod etiam confirmat Constit. Sereniss. Elect. Brandenb. sub die 18. Jul. 1661. ibi: Ein mehrers nicht, als was dieselben den Verkäuffern würcklich gegeben und ausgezahlt haben, welches so wohl der Käuffer als der Verkäuffer mit leiblichem Eyd auszusagen angehalten werden soll; vid. Goswin. ab Esbach *ad Carpzov. part. 2. const. 30. def. 36. n. 5.*

Quod si factum fuerit, non sufficiunt testes probaturi, se vidisse 44
pecuniam exsolvi, cum hic agatur de quæstione an non receperit partem pecuniæ, qualis negativa cum sit vaga & indeterminata, sui natura probatu est impossibilis *per L. Asseveratio* 10. *C. de non numer. pecun.* ibique *Dd.* Licet enim mille testes dicant, se nescire, quod pecuniæ pars fuerit reddita, eo tamen non obstante, reddita esse potuit, adeoque præcise ad juramenti præstationem est compellendus.

Secundum argumentum suapte sponte concidit, utut enim nullibi cautum, probationem aliter fieri debere quam instrumento, requiritur tamen ut legitime probetur. Legitima vero probatio non est injurata cedentis confessio, juxta communes regulas in materia probationis receptas. 45

Tertia ratio est apparenter falsa, nam interest omnino debitoris, an integrum pretium, an partem ejus tantummodo exsolverit cedenti, cum ultra solutam quantitatem restituere nihil teneatur.

Minime quoque stringit quarta ratio, quod confessio habenda 46
sit pro veritate. Admittimus enim hoc respectu cedentis & cessionarii, minime vero, si de damno tertii agatur, cui assertum & confessio præjudicare nullo modo potest. *l. 28. pr. ff. ad SCt. Vellej.* Faber *in Barbos. locuplet. lib. 3. cap. 44. ax. 4.* quod vero cedenti præjudicet hæc confessio, minus est dubium per adducta à Lenz. *d. l. n. 21.* Dicta 47
hucusque eleganter limitat Alphons. de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit. 6. qu. 10. n. 62. & 64.* & ab hoc allegat Camill. Borell. *Summ. Decis. Tom. 2. cap. 3. de Confessione n. 70. & 71.* Ut non procedant in debito liquido alicui cesso, cum enim hæc cessio pro qualicunque pretio fieri possit, ita ut non impingat in L. Anastas. vid. *Cap. 3. hujus Dissert.* quia debitoris nihil omnino interest, quid revera sit exsolutum vel non, integram enim summam exsolvere tenetur, licet cessionarius minus vel quale quale etiam pretium exsolverit, *Dec. Rot. Rom. 21. n. 16. quæ*

de Cess. Jur. exhibetur in fin. Tract. Alphonf. de Olea à Domin. Fantino; Lenz. *de Cession nom. cap.* 25. *n.* 4. Molin. *de Usur. qu.* 62. *n.* 413. Stryk.
48 *in Cautel Contract, Sect.* 4. *cap.* 2. §. 13. Quæ ergo probata non relevant ad probandum non admittuntur. *c. fin. ff. de Natal. restit.* ibique *Dd.* Mev. *part.* 4. *dec.* 13. *n.* 6. & *dec.* 51. *n.* 2. Licet adhuc opus sit probare titulum, per quem acquisita cessio, cum sine hoc nulla valeat cessio. *l.* 9. *C. de Procurat.* Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 129. *n.* 29. Alphonf. de Olea *in tract. de Cess. Juris tit.* 1. *qu.* 4. *n.* 8. Brunnem. *de Cession. cap.* 1. *n.* 95. *seq.* Cacheran. *dec.* 144. *n.* 12. Seraphin. *de Privileg. Juram. privil* 93. *n.* 7. Paul. Christin. *vol.* 2. *dec.* 10. *n.* 4. Licet instrumentum traditum in quo continetur Clausula: Allen getreuen Brieffs-Inhabern. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 18.

49 Iisdem argumentis obviam ire licebit difficultati, si pretium quidem promissum sed nondum exsolutum, sed fides de eo sit habita. Licet enim videatur agi posse ad quantitatem promissam adversus debitorem cessum, cum (1) emptio & venditio simul atque de pretio constat, sit perfecta. §. 3. *J. de empt. & vend.* & sic etiam hæc nominis venditio. Et licet (2) ut pretium intercedat necessum sit, idem tamen sit pretium revera intervenisse, & fidem de pretio esse habitam. §. 41. *J. de R. D. l.* 25. *ff. de solut.* Nam datum videtur, quod promissum *l* 9. §. 1. *ff. de Condict. caus. dat.* Brunnem. *de Cession. cap.* 1. *n.* 18. Franzk. *ad L. Anastas. qu.* 6. *n.* 17. (3) Nec ad debitorem cessum pertineat, fidem esse habitam, quia hæc est res inter alios acta, sed sufficiat, quod adhuc solvere teneatur.

50 Verior tamen, hisce non obstantibus, est sententia contraria, quod scil. cessionarius à debitore cesso nihil exigere possit, antequam revera pecuniam numerasset. *per L. Per diversas* 22. *C. Mandat. verb. Solutarum pecuniarum.* Ex quo, ut ante probatum, liquido apparet, nihil exigi posse, quam quod revera exsolutum, vid. Anton. Faber. *l.* 4. *C. tit.* 22. Christian. Lenz. *de Nom. & act. cess. cap.* 25. *membr.* 5. *n.* 7. Nec obstat quod emptio & venditio statim sit perfecta, si de certo constet pretio §. *Cum autem J. de empt. & vendit.* Concedimus enim libenter, valere cessionem quantum ad substantiam, non vero quoad exercitium. Alex. Trentacinq. *lib.* 2. *de Action. resol.* 2. *n.* 5. Gabriel. *Comm. concl.* 5. *tit. de Action. n.* 28. Guid. Papæ *dec.* 567. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 68. Hoc est, valet quoad cedentem & cessionarium,

Digitized by Google

ſionarium, non vero quoad tertium, reſpectu cujus ceſſio non eſt perfecta, niſi revera ſecuta fuerit exſolutio. add. Hoppius *in Diſput de Fide, habita ſub præſid. Dn. Strykii cap. 3. n. 28.*

Pariter quoque ſecundum argumentum non ſtringit, cum in 51
præjudicium tertii non eundem habeant effectum, pretium eſſe ſolutum, & fidem de pretio eſſe habitam, præcipue, ubi actus ſuſpicione quadam laborat, ut in præſenti caſu ceſſio nominis incerti, quæ ſine reali pretii exſolutione ſemper ſuſpicionem quandam præ ſe fert, eam factam fuiſſe animo vexandi debitorem, & ſic, quoad tertiam oppoſitionem, facile apparet, multum intereſſe debitoris, an ſolvatur, an non, nam ipſe quoque tunc ad ſolvendum compelli poteſt vel non
poteſt. Convalidari tamen poterit ceſſio, ſi pendente Judicio an- 52
te latam & ſecutam ſententiam realis ſequatur exſolutio. *arg. L. 9. §. fin. ff. de pign. act.* Hopp *d. Diſp. n.* 30. Idem dicendum de venditione hac conditione facta, ut reportata demum victoria cedenti pretium conventum præſtetur. Ante realem enim ſolutionem nihil exſolvere tenetur, cum non obſcure appareat, ceſſionem factam eſſe animo di-
vexandi debitorem. Lenz. *cap. 25. membr. 5. n.* 10. Quod ſi igitur pen- 53
dente lite in utroque caſu ſequatur realis ſolutio, debitori ceſſo tamen adhuc ſalva remanet juramenti delatio, quo probare debet ceſſionarius, nullam fraudem latere ſub hac ſolutione. Alias enim ſaluberrima Lex Anaſtaſiana calliditati & ſimulationibus, quibus tamen maxime opponitur, declinari facillimo poſſet negotio. Modo limitatio *n.* 47. hic repetatur.

Subjicienda erit tandem quæſtio non minori utilitate quam ob- 54
ſcuritate nobilis, cui nimirum pretium reſiduum ſit adjudicandum. In cujus Deciſione Dd. mirum in modum variant, dum tres diverſas atque diſtinctas reperire licet ſententias. Prima opinio *cedenti* quantitatem excedentem deberi, defenditur à Gloſſ. *in d. l. 22. verb. perſolvit. verb. Verum hic.* Bald. *ibid. n.* 20. Menoch. *lib. 3. præſumpt.* 129. *n.* 27. Berlich. *dec.* 35. *n.* 3. *& ſeq.* ubi allegat præjud. JCtorum Judicii Curialis Wittebergenſis, quos ſequitur Carpzov. *part. 2. conſt.* 30. *def.* 37. adducto præjudicio Scabinorum Lipſienſium. Trentacinq. *lib. 2. tit. de Action. reſol. 2. n.* 12. Franzk. *lib. 1. reſol. 9. n. 10. ſeqq.*

Fundamenta, quibus hæc ſententia nititur, ſunt: 1) Quod ceſ- 55
ſio in reſiduo pretii non valeat. *l. 22. C. Mandat.* ibi: *usque ad ipſam tan-*

tuntmodo solutarum pecuniarum &c. & sic habenda pro non facta. *l. 5. C. de LL.* Quoties vero jus cessum non transfertur ad cessionarium, toties remanet penes cedentem. *l. lite pendente* 2. *C. de litigios.* Giurb. *dec.* 63. *n.* 4. Niger. Cyriac. *lib.* 2. *Controv. forens.* 254. *n.* 23. Castill. *de Usufr. cap.* 69. *n.* 24. Paul. Gallerat. *de Renunc. tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 20. 2.) Nulla reperitur Lex, quæ cedentem puniat ultra casus *in l.* 23. §. 2. *C. Mandat.* expressos, quæ tanquam pœnalis stricte interpretanda & sic ad casus non expressos extendenda non est. Carpz *d. l. def.* 37. *n.* 3. adeoque non intelligitur amissum, quod ablatum non est. *l.* 20. *ff. ex quib. caus. major.* Quod maxime urget Franzk. *d. l.* si nulla fraus nullusque dolus cedentis concurrat, quod videtur probabile, ubi enim nullum delictum, ibi nec ulla pœna locum habet.

56 Exigui tamen momenti videntur hæ rationes; Certo enim certius est L. Anastas. succurrere velle debitoribus, ne variis & gravissimis litibus divexentur; ast quomodo quæso exitum haberet hæc constitutio, si primo à cessionario usque ad quantitatem concurrentem conveniretur, & deinde quantum ad residuum actione pulsari posset à cedente? nonne sic magis onerosa debitoribus esset L. Anastasiana? nonne sic lites debitoris multiplicarentur contra expressam satisque claram mentem Imperatoris? Alphons. de Olea *in tract. de Cession. jur. & act. tit.* 6. *qu.* 10. *n.* 70. Finckelth. *obs.* 17. *n.* 6. Nec obstant adducta loco Rat. Dub. primæ. Nam *L.* 22. *C. Mandat.* nobis potius inservit, quæ expresse vult cessionem valere ad quantitatem concurrentem, dum ergo cessionis effectum, qui alias fuisset, ut omne debitum exigere potuisset cessionarius, ad certam quantitatem restringit, omnem reliquum nexum obligationis debitoris annullasse videtur. Nec *l.* 5. *C. de LL.* procedit in L. pœnali, in eam enim si peccetur, licet actus non subsistat, pœna tamen contrahitur. vid. Manz. *de L. Anastas. in interpret. Justin. ad* §. 1. *n.* 8. Plane diversus vero casus habetur *in L.* 2. *de litig.* ex qua regula generalis formata, procedit enim ea tantum in tali casu, ubi tota cessio penitus nulla est, Alphons. de Olea *d. l. qu.* 10. *n.* 72. non vero in ea quæ valere jussa est, sed tantum ad certam quantitatem, uti in nostro casu, ubi cedens omne jus, quod habebat, transtulit in cessionarium, licet hic puniatur certæ partis amissione, hoc enim nihil ad cedentem, qui semel juri suo pro pecunia accepta renunciavit. Add. Honorat. Leotard. *in tract. de*

Usur.

Usur. & Usurar. contract. coercend. qu. 39. *n.* 32. Ubi monet, hanc sententiam procedere non posse, cum alias nemo pro parte donaret, actionem tantum minoris venderet, & ita iterum L. Anastasiana eluderetur.

Rationem alteram facile refellit Anastas. *in L.* 22. *C. Mandat.* & 57
ejus interpres Justinianus *in L. seq.* 23. §. 1. & 2. Cujus verba non restringenda, sed amplianda; *Lex* enim 23. est tantum constitutio interpretativa, quæ verbis clarioribus exprimit illa, quæ jam tum ex mente Anastasii erant prohibita, à rabulis vero quibusdam eversa. Cum ergo dicat, nec cedentem nec cessionarium residuum exigere posse, si pro parte donatum nomen præsupponit, hoc juris esse in omni cessione facta contra L. Anastas. propositum enim Imperatoris est, declarare, cessionem pro parte donatam, fieri in fraudem Legis, & ad generalem prohibitionem esse revocandam. Ampliatio vero semper præsupponit regulam ejusdem tenoris. Ratio insuper diversitatis sufficiens dari non potest, cur in utroque casu eadem pœna non obtineat, ut fateri necessum habet. Carpz. *lib.* 5. *resp.* 33. *n.* 28. Pœnæ enim ad ejusdem generis delinquentes merito extendendæ.

Nec quicquam negotii facit distinctio Franzkii *lib.* 1. *resp.* 9. *n.* 10. 58
allata, quæ primo intuitu probabilis, penitius tamen si consideretur nihil facit ad rhombum; Aut enim facta est cessio ex necessitate quadam vel alia causa probabili, (ut supponit Franzkius) tunc cessionarius integram summam petere potest, cum non impingat in L. Anastas. & sic opus non est recurrere ad cedentem, aut facta fuit in fraudem L. nostræ, & uterque amissione nominis quantum ad superfluum punitur, ne alias debitor jam à duobus vexetur, qui ante hanc Legem cum uno litem suscipere tantum tenebatur, ut antea probatum. Mirum ergo JCtos tanti nominis hanc sententiam defendendam suscepisse.

Ipse Carpzovius infirmitatem hujus sententiæ videns, eam mutavit *lib.* 5. *resp.* 33. *n.* 28. ubi priori sententia refutata prolixe votum suum dat opinioni secundæ accedente noviter Mev. *part.* 3. *dec.* 1. *n.* 3. & 4. Hic tamen summus JCtus *in Discuss. levam. inop. debit. cap.* 7. *n.* 22. ingenue fatetur, juri Justinianeo conformiorem esse sententiam illam, quæ debitori tribuit, de qua mox. Hic acerrime pro- 59

 pugnat,

pugnat, residuum pretium nemini ex contrahentibus, nec debitori, sed soli fisco esse tribuendum, eique exactionem quantitatis superfluæ
60 concedendam, tribus potissimum moti fundamentis. Nam 1.) nulla Lex hanc quantitatem excedentem assignat debitori, sine hac vero nihil statuendum. Carpz. *d. R. n.* 30. 2.) Omnes multa fisco cedit, hujus vero superflui amissio est multa. *l.* 2. *C. ne liceat potent. patroc. litig. præst. debiti Creditores jactura multentur. & l. un. C. de his qui pot. nom. ibi. amissione multetur.* adeoque fisco jus suum manere debet salvum. 3.) Idem observatur in casu prorsus simili, puta contractibus usurariam pravitatem sapientibus, in quibus debiti amissio non debitori, sed fisco cedit. Carpz. *d. l. n.* 36.

61 Verum nec hæc nobis placet opinio. Primæ rationi enim opponimus mentem & verba L. Anastas. & Justinianeæ. Secundam quod attinet, respondemus breviter. Vocabulum multa sumi vel *stricte* pro pecunia à Magistratu ob delictum perpetratum exigenda, vel *late* pro quacunque pœna, quod frequenter fieri consuevit in verbo multare e. g. multare exilio, morte, fama &c. ubi idem significat ac punire. Hoc modo amittit cedens superfluum, non priori, & sic allegatæ à Carpzovio LL. sunt intelligendæ.

62 Majoris momenti videtur tertium fundamentum, verum & hoc, si penitus inspicatur, magis pro nobis, quam contra nos militat. Contractum enim usurarium iniens amittit quartam partem *sortis Reform. Polit. Francofurt. de Anno* 1577. *tit.* von wucherlichen Contracten. §. Dieweil aber ꝛc. vers. Setzen, ordnen ꝛc. ibi: den vierdten Theil in seiner Haupt-Summe verlohren, und derselbe halb seiner burgerlichen Obrigkeit, der andere halbe Theil aber der Obrigkeit, darunter der arme Mann ꝛc. heimgefallen. Quæ pœna in nonnullis locis est exaspe-
63 rata. Sic in Pomerania ex constitutione Ducis Joh. Friderici, dimidiæ partis amissione puniuntur. Mev. *part. 6. dec.* 402. *n.* 3. In Saxonia vero Serenissimus Elector totam summam fisco applicandam voluit. vid. *Mandat.* Joh. Georgii *de Anno* 1625. *die* 28. *April.* ibi: Daß sie nicht allein des vierdten Theils, sondern auch der gantzen auf Wucher ausgeliehenen Summen verlustig seyn.

Ha

Hæ ſunt pœnæ, quibus puniuntur uſurarii & fœneratores, ſed 64
quis affirmabit, eandem pœnam ceſſioni L Anaſtaſianæ contrariæ quoque eſſe dictatam, cum uno ore omnes fateantur, quantum ad ſummam concurrentem ſive revera exſolutam ceſſionem valere, nullus vero eſt qui aſſerat quartam vel dimidiam patem pecuniæ exſolutæ cedere fiſco. Imo licet talis pœna (ut à Sereniſſimo Electore 65
Saxoniæ *in Edict. ſub dato* den 1. *Febr. Anno* 1614. §. Und dieweil faſt ꝛc. ibi: So wohl der Cedens als der Ceſſionarius der gantzen Forderung verluſtig erkannt, und noch darüber in andere Wege ernſtlich geſtrafft werden ſolle. *& Dec. Nov.* 27. §. Setzen, ordnen ꝛc. *circa fin.*) eſſet ſtatuta, ut totum debitum vel ejus pars fiſco ſit applicanda, hoc tamen tantum foret intelligendum de vera quantitate dati pretii, ita ut reſiduum nihilominus debitoris lucro cedat. Quo fine datum exemplum de uſurariis contractibus aſſumemus, & huic ceſſioni applicabimus. Finge ergo: aliquem mutuo accipere 100. thaleros, 66
promiſſis ſingulis annis 15. thal. uſurarum nomine, quos etiam per 5. annos exſolvit. Poſtea vero vel ipſe agit, vel Magiſtratus ex officio inquirit, adeoque quæritur, quidnam fiſco ſit applicandum? Et reſpondetur: Pro diverſitate locorum vel quartam, vel dimidiam partem ſortis vel totam ſortem fiſco eſſe adjudicandam, ita tamen ut debitori cedat, quod ſuperfluum uſurarum nomine dedit. *l.* 29. *ff. de uſur. l.* 26. *C. eod.* ibique Brunnem. *n.* 22. Joh. à Sande *Deciſ. Friſic. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 7. Carpz. *part.* 2. *conſt.* 30. *def.* 4. Zœſ. *ad ff. tit. de uſur. n.* 12. Struv. *Exerc.* 27. *th.* 54. Licet & igitur totum debitum cedat fiſco, debitor tamen hoc caſu ultra 50. thaleros exſolvere non tenetur, cum per quinque annos thaleros 50. tanquam ſuperfluas exſolverit, qui ab ipſa ſorte jam ſunt deducendi. *dd. text. & Dd.* Pari modo in noſtro caſu, licet fiſco applicetur vel pars aliqua, 67
vel totum pretium, plus mamen capere non poterit, quam quod revera à ceſſionario fuit ſolutum, reliquum retinebit debitor ceſſus. Huc facit, quod tantum debita illiquida cedantur contra L. Anaſtaſianam, ut in Cap. 3. notabimus. Quomodo vero fiſcus capere poſſet totam ſummam, quæ tamen non eſt liquida, ſed per hanc exſolutionem liquida demum facta, dum tacite creditor fateri videtur, ſibi revera non plus deberi, quam à ceſſionario pro debita ſumma accipit. Et hæc ſententia à mente Sereniſſ. Elect. Saxon. aliena non vide-

Digitized by Google

videtur, dum *in Dec. Nov. 28.* §. Setzen, ordnen ꝛc. *circa fin.* fisco injungit, ne nimium gravet debitores, sed commodos solutionis terminos & dilationem concedat, & insuper omnes usuras, ex sorte illa, usque ad id tempus, quo ad fiscum ea penitus pertinet, remittere debeat, procul dubio ergo noluit, ut à fisco ultra quantitatem exsolutam vexentur debitores, si nomen dubium & incertum fuisset cessum.

68 Rejectis itaque his opinionibus Tertiæ rectius sentientium cohorti nomen dare non dubitamus, qui unico ore debitori cesso hoc assignant commodum, idque ob clara Imperatoris Justiniani verba *in d. L. 23.* §. 2. ibi: *tantummodo exactionem sortiri ejus, quod datum esse comprobetur, & si hoc à debitore persolvatur, nulla contra eum vel substantiam ejus oriatur molestia.* Si ergo debitor nulla molestia afficiendus, quantum ad residuum, sequitur, nec cessionarium, nec cedentem, nec fiscum, nec ullum alium de summa restante agendi
69 habere facultatem. Quamvis enim hanc consequentiam neget Carpzovius, dictaque verba ad cedentem & cessionarium restringere velit, utpote de quibus *in* §. 1. *in fin.* dixerat Imperator, ita, ut his tantum exactio negetur, fiscus vero non excludatur, generalitas tamen rationis hanc restitutionem non admittit, ut supra dictum. Cui (2.) accedit, quod non tantum in pœnam cedentis & cessionarii, sed etiam in favorem debitoris cessi hæc constitutio sit introducta, adeoque in ejus odium non detorquenda, contra *L. 6. C. de LL.* Etenim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxit, sunt verba *l. 27.* §. *ult. ff. de pecul.* quæ ad nostrum casum eleganter applicat Alph. de Olea *de Cess. jur. & act. tit. 6. qu. 10. n. 70. in fin.* (3.) Extincta
70 præterea est obligatio debitoris cessi, quantum ad excessum summæ & sic à nemine desuper conveniri potest, quia nemini jus conveniendi competit, non secus ac in præscriptionibus, ubi dominus rei vel obligationis punitur amissione sui dominii vel actione ob negligentiam, fiscus tamen eapropter non capit, sed bona fide possidens illas res vel jura lucratur, omnisque obligationis nexus extinguitur. Nec
71 obstat quod debitori sufficere possit, quod à cessionario, actore forsan potentiore, quoad residuum, Judicio pulsari & molestari nequeat, interim vero fisco concedendum esse, ut exigat hoc residuum:

quasi vero ullus potentior actor fisco inveniri posset. Et sic una manu quid indulget Carpzovius, altera vero longe majus infert judicium.

Merito ergo cum Imperatore Justiniano constanter defendimus, *nullam* penitus molestiam esse causandam debitori, quantum ad superfluum, sed potius penitus obligationem hanc per factam cessionem fuisse novatam. Franc. Niger *Controv. for.676.n.10.* ita ut prior totaliter extincta sit, præsens vero, usque ad quantitatem revera exsolutam tantum subsistat. Denique (4.) hæc sententia haud obscure 71 confirmatur ex Aut. *Minoris C. qui dar. tutor.* ibi: *nec is, qui cesserit, agere debet, sed minor lucrabitur.* vid. Finckelth. *obs.17.n.8.* & omnium optime ex *L.2.C. ne liceat potentior.* Contra quam L. si contrahentes peccent, perdit uterque actionem. Brunnem. *ad d. l. n. 1.* Nec tamen pœna cedit fisco. Hillig. *ad Donell. lib. 18. cap. 11. lit. M.* Franzk. *lib. 1. ref. 10. n. 60.* Licet Diss. Alphons. de Olea *in tract. de Cess. jur. & act. tit. 2. qu. 4. n. 31.* Quod nec jure novo sive per Recessum Imper. mutatum consentiente Mevio *in Discuss. levam. inop. deb. cap. 7. n. 24. in fi.* Cur ergo mutatum hoc esset in L. Anastasiana? Sed hæc ulterius deducere non vacat, sufficit hanc sententiam nostram Juri Justinianeo esse conformem & in praxi magis receptam. Anton. Gabriel. *lib. 2. comm. opin. tit. de actionibus, concl. 5. n. 1. v. contrarium vero &c.* Parlador. *part. 3. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. §. 4. n. 11. seq.* Cujac. *lib. 10. obs. 3. lib. 16.* Zœs. *ad ff. tit. de hered. & act. vend. n. ult.* Joh. à Sande *in tract. de Cess. act. cap. 11. n. 10.* Honorat. Leotard. *in tract. de Usur. & contr. usur. coerc. qu. 39. n 32. §. Sed contrarium.* Alphons. de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit. 6. qu. 10. n. 70. & seq.* Manz. *ad L. Anastas. qu. 8 n. 8. & 18.* Finckelth. *obs. 17. n. 4. & seq.* Qui in fine allegat. præjudic. Witteb. Facult. Jurid. Lipsiens. & Scabinat. Lipsiens. Richter. *Dec. 36. n. 24.* Mevius alias nobis contrarius *de Levam. inop. debit. c. 7. n. 22.* ubi hanc sententiam Juri Justinianeo vocat consonam, eandemque in praxi receptiorem se deprehendisse fatetur. Struv. *Exerc. 13. th. 80.* Brunnem. *ad L. 22. C. Mandati n. 5.* Idemque in hac nostra Alma Viadrina *die 24. Novembr.* 1676. pronunciatum fuisse testatur Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 12.* verba sententiæ in fine sunt: Und ob gleich andere den

Uberfluß der Obrigkeit adjudiciren. Mev. *part.* 3. *dec.* 1. *n.* 5. Carpz. *lib.* 5. *ref.* 33. Ist doch sothane Sententia, wo selbige nicht per contrariam consuetitudinem vel statuta, eingeführet, billig zu verwerffen, massen nicht bloß in pœnam cedentis, sondern vornehmlich in favorem debitoris cessi, solches Beneficium verordnet, dahero demselben billig das Commodum gelassen wird, V. R. W. Sperato diutius nos detinuerunt intricata hæc quæstio, in ejusque Decisione ponderosa sententiarum divortia, ut loqui amat Franzk. *lib.* 1. *ref.* 8. *n.* 9. Properamus ergo ad

CAPUT II.

De Cessatione Legis Anastasianæ ex Jure hereditario.

SUMMARIA.

Lex Anastasiana prohibet cessiones ad vexandos debitores factas n. 1.
Valent ergo ex alia causa facta 2.
Quod probatur exemplis ab Imperatore allatis 4.
Quæ tamen alios casus non excludunt. 5.
Excipiuntur cessiones inter coheredes factæ 7. *seq.*
L. Anastasiana continet in omni contractu oneroso. 9.
Non obtinet hæc Lex, si uni heredum pro pecunia numerata cedantur 13.
Quæ limitatio adhuc hodie in usu est 14.
L. ult. C. Mandat. objicitur. 15.
Respondetur. n. 16.
Idem in Saxonia obtinet. 18.
Si heres nihil accipiat ex nomine cesso, an habeat regressum contra coheredes? 19. *seqq.*
Idem obtinet in legatariis. 24.
Modo debitum cessum utrique sit legatum. 25.
Extenditur ad socios. 26.
An hæc Lex obtineat, si extraneo hereditas vendatur? 27.
Quod aliqui affirmant. 28.
Bartolus distinguit. 29.
Alii simpliciter negant. 30.
Et horum sententia regulariter approbatur sub restrictione. 31.

1 Demon-

DEmonstravimus in Capite præcedente, veram & genuinam L. Anastasianæ sententiam in eo consistere, ut scil. redemproribus litium occurratur, nullaque cessio ad vexandos debitores facta valeat, nisi ad quantitatem soluti pretii. Cum itaque ratio hujus Constitutionis sit fraus & dolus, consequens est, ut à contrario sensu ducatur argumentum: Cessionem non animo vexandi debitorem, sed ex alia necessaria vel probabili causa factam esse validam, etiam quantum ad summam excedentem. Argumentum enim à contrario sensu deductum in jure dicitur firmissimum. *l. 1. pr. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd. l. 20. §. mulier. 6. ff. qui test. fac.* ibique Gothofr. *lit. k.* Carpzov. *part. 2. const. 14. def. 2. n. 7.* Idemque est, an aliquid veniat à contrario sensu, an expresse in Lege contineatur. Gloss. *ad d. L. 20. §. 6.* quia dicitur mens Legis. Nicol. Everhard. *in Tobic. Legal. loc. 82. A. contrario sensu n. 2.* Cui accedit, quod cessante ratione Legis cesset ejusdem dispositio & prohibitio. Joh. Strauch. *ad Jus Justin. Diss. 1. th. 15.*

1 2 3

Adeoque cessante calliditate & animo vexandi prohibitio quoque L. Anastasianæ cessat, juxta communem Dd. sententiam. Anton. Gabriel. *Comm. Concl. tit. de Actionibus, concl. 5. n. 15.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 129. n. 16.* Joh. Philipp. *ad Dec. 67. elect. 28. obs. 3. n. 4.* Carpz. *part. 1. dec. 76. n. 9.* Mev. *in Discuss. levam. inop. debit. c. 7. n. 26.*
4 Quod etiam apprime convenit cum sententia Imperatoris Anastasii, dum ipse varia exempla subjecit, in quibus cessiones non fieri præsumuntur ad vexandum debitorem, adeoque eas valere jussit, pro quacunque etiam summa crederentur. *l. 22. C. Mandati.*
5 Ex eo tamen concludere non licet, quasi Imperator omnes omnino exceptiones ibidem retulisset, reliquas vero, simili quamvis ratione nitentes, prohibuisset, juxta vulgatum illud: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Everhard. *in loc 9. ab except. ad regul. n. 1.* Barbosa *lib. 5. cap. 23. axiom. 24.* Hæc enim regula valet quidem in casibus prorsus alienis, non vero in similibus, ut eam bene limitat Everhard. *d. l. n. 5. vers. tertio dicta theorica.*
6 Quod præcipue verum, si alia mens Legislatoris appareat, quam quod omnes alios casus excludere voluerit, ut in præsenti casu ex *L. 22.* apparet, *ibi in fin.* Ut cessiones tam pro exceptis & specialiter *enumeratis, quam aliis causis factæ*

&c. add. Joh. à Sande *in tract de Cess. cap.* 11. *n.* 23. Transitum jam facimus ad exceptiones ipsas percurrendas, tam ab Imperatore quam Dd. passim allatas, quo eorum, quæ hactenus diximus, veritas eo magis elucescat.

7 Primo loco agendum arbitrati fuimus de Cessionibus nominum ex jure hereditario competentibus, tum quia has exceptiones Imperator ipse priori loco dignari voluit, tum quia admodum frequentes sunt cessiones nominum in hereditatibus; Nomina enim tam passiva quam activa ipso jure inter heredes sunt divisa. *l.* 6. *C. famil. ercisc.* ibique Brunnem. *n.* 6. Quod si ergo unus totum debitum hereditarium exigat, nihil capit præter suam partem. Sed opus est cessionibus. Carpz. *part.* 3. *const.* 15. *def.* 19. *n.* 3. quarum formulam exhi-
8 bet Stryk. *in Caut. Contract. Sect.* 3. *c.* 4. §. 4. Videndum itaque: an tali cessioni obstet L. Anastasiana? Quod facile negari potest, si debitum liquidum & certum, at si dubium sit, affirmativa videtur rectior. Est enim hæc divisio vel adjudicatio nominum hereditariorum species quædam permutationis. Hunn. *ad Tr. V.* 1. *d.* 20. *th.* 12.
9 *lit. D.* Brunnem. *ad L.* 25. *ff. famil. ercisc. n* 43. & sic contractus onerosus. Jam vero certissimi juris est, L. Anastasianam non tantum prohibere cessiones nominum incertorum factas pro pecunia numerata, sed etiam in permutationibus locum sibi vindicare. Joh. à Sande *in tract. de Cess. cap.* 11 *n.* 28. Franzk. *lib.* 2. *tit. de Actionibus, resol.* 2. *n.* 18. Christian. Lenz. *in tract. de Cess. nom. c.* 25. *membr.* 3. *n.* 3. & 4. Lauterb. *ad ff. tit. de hered. & act. vend. n.* 39. licet dissentiat Faber. *in Cod.*
10 *lib.* 4. *tit.* 26. *d.* 9. *n.* 6. His tamen non obstantibus expresse excipit Imperator Anastasius cessiones factas ab heredibus in divisione hereditatis *in L.* 22. *C. Mandati.* ibi: *exceptis cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit.* Ratio est, quod in hac cessione deficiat animus vexandi debitorem, cum præsumatur, eos aliter nomina commode dividere non potuisse. Perez. *ad tit. C. Man-*
11 *dati. n.* 17. Gothofred. *in Not. ad L.* 22. *C. Mandati lit. C.* Adeoque non sunt litium redemptores, sed potius litium amputatores, tum respectu eorum, qui cessionem celebrant, (mater enim discordiæ est communio. *l. cum pater.* 77. §. 20. *ff. de Leg.* 2.) tum respectu ipsius debitoris, qui alias ab omnibus esset conveniendus, jam vero cum

uno

uno tantum in Judicio contendit. Accedit, quod heredes ex additione ejusdem hereditatis sibi invicem sint obligati, & sic quasi in solutum datum censetur. Optima tamen ratio esse videtur, quod res hereditariæ sint communes. Quamdiu enim hereditas divisa non est, quilibet hereditatis dominus censetur, & sic per consequens redemptio nominis dubii in hereditate reperti, non est cessio facta litis alienæ transferendæ gratia. Propriæ enim causæ videntur, quæ nobis & aliis communes. arg. *l.* 2. §. *pen. ff. quando appell.* Brunnem. *ibid. n.* 12. Manz. *ad L. Anastas. n.* 14. Quod non tantum procedit in divisione, sed etiam in cessione facta pecunia interveniente: Sie schlagen die Schulden einem vor baar Geld zu; vel etiam cum reliqui unius portionem hereditariam redimunt pecunia numerata: Sie geben ihm vor sein Theil baar Geld, cum *de L.* 22. generaliter loquatur, nec ratio diversitatis dari possit; Eadem enim hoc casu militat ratio, quæ antea adducta, factam scil. esse cessionem divisionis commodioris gratia, nec actionem penitus alienam fuisse cessam.

12

13

Modo adducta adhuc hodie observari, communis Dd. est sententia; vid. Christ. Lenz. *in tract. de Cess. cap.* 25. *n.* 14. Anton Gabriel *Comm. concl.* 6. *lib.* 2. *tit. de Act. n.* 6. Nic. Vigel. *Meth. Jur. Civil. lib.* 15. *cap.* 4. *reg.* 6. *except.* 2. *repl.* 4. *dupl.* 1. Joh. à Sande *in tract. de Cess. cap.* 11. *n.* 19. Berlich. *part.* 1. *dec.* 33. *n.* 1. Joh. Philipp. *ad Decis. Elect.* 28. *obs.* 2. *n.* 7. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 4. *c.* 2. §. 14. *in fin.* Ab ea tamen recedunt Manz. *in Interpretat. L. Anastas. qu.* 6. *n.* 6. Perez. *ad tit. C. Mandati. n.* 19. Giphan. *ad d. L.* 22. *col.* 5. *pr.* Rath. *de Contrah. empt. assert.* 31. *n.* 2. Franzk. *lib.* 1. *res.* 8. *n.* 1. qui putant *L. per diversas* 22. *Mandati.* mundatam esse ab Imperatore Justiniano *in L. ult. C. eod.* ubi *inveniens*, inquit, *in ea quasdam personas exceptas, præcipit in iisdem personis hanc Legem observari, neque superioris Legis exceptione uti.* Eandemque sententiam confirmatam fuisse in Saxonia à Sereniss. Electore *in Edict. sub dato* den 1. *Febr.* 1614. contendit Franzkius *d. l. n.* 41. Verum cum hæc *L. ult.* in Codicibus veteribus non reperiatur, sed ex libris Basilicis desumpta, & à Cujacio *lib.* 16. *obs.* 16. restituta sit, ut fatetur Gothofred. *ad h. L lit. R.* Manz. *d. qu.* 6. *n.* 6. Et postea privata autoritate Corpori Juris nostri à Gothofredo sit inserta, juxta Franzk. *d. Resol.* 8. *n.* 41. Authentica non est, adeoque

14

15

16

que vim Leges Corpori Juris insertas abrogandi non habet, uti bene ex Gentil. *de Lib. Jur. Civ. c.* 5. Adam. Ricc. *in tract. de Lib. Jur. aphor.* 57. *vers. tertio loco.* probat Lauterb. *ad ff. tit. de hered. & act. vend. n.* 34.
17 Sicuti enim libri Basilici Legis autoritatem in Occidenti nunquam habuerunt, nec per observantiam fori comprobati. Stryk. *in Praecogn. Jur. univers. cap.* 5. *§. ult.* Ita nec hæc Constitutio ex Basilicis desumpta tanta pollere potest autoritate, imo eam in specie in foro non observari, testatur Honorat Leotard. *de usurar. Contract. qu.* 39. *n.* 37. *in fin.* & copiose probat Lauterbach. *d. l. n.* 34.

18 Saxoniam quod attinet, tantum abest, ut *d. L. ult.* sit approbata, ut potius reprobata, & exceptiones *d. L.* 22. expresse confirmatæ reperiantur à Sereniss. Electore *in Dec. Nov.* 78. §. von oberzehlter Satzung wollen Wir ausdrücklich befreyet wissen, wann Mit-Erben, Legatariis oder Fideicommissariis bey Theilung einer Erbschafft zu ihrer Abfindung aus gemeinem Erbe, Legato oder Fideicommisso gewisse Obligationes oder Actiones zugetheilet ꝛc. sondern auch denen Partheyen nen mercklichen Vortheil und Nachlaß zu thun allerdings verstattet bleibet. Nec etiam verba Edicti à Franzkio allegati hoc involvunt, cum directo non concludant, mutatio vero, nisi clare appareat, non sit præsumenda.

19 Hic offert se quæstio notabilis: An heres, cui cessum est nomen hereditarium, si nihil à debitore cesso consequatur, regressum habeat adversus reliquos coheredes? Et ante omnia videndum, ex quanam causa exsolutio ipsi denegetur. Nam si debitor exceptionem compensationis vel solutionis opponat, competit ipsi regressus contra heredes, utpote qui evictionem præstare tenentur. Burgund. *de Evict. cap.* 11. *n.* 1. Hahn. *ad Wesenb. h. t. de Hered. & act. vend. n.* 6. Berlich. *part.* 1. *concl.* 24. *n.* 52. licet in specie promissa non sit. *l.* 14. *C. famil. ercisc. l.* 7. *C. Commun. utriusque Judic.* Stryk. *Sect.* 3. *c.* 4. *§.* 14.
20 Imo licet expresse caveant, ne de evictione teneantur, nihilominus verum debitum præstare debent, ut ex Giurb. *Dec.* 87. *n.* 12. Mantic. *de Tacit. & amb. convent. lib.* 4. *tit.* 14. *n.* 1. Gutzmann. *de Evict. qu.* 35. *n.* 7. *& seq.* probat Alphons. de Olea *in tract. de Cess. jur. & act. tit.* 7. *qu.* 3. *n.* 4. Hæc enim divisio est instar permutationis. Brunnem. ad L.

Digitized by

ad L. 25. ff. famil. ercisc. n. 43. Quod si vero ob inopiam debitoris 12
debitum vel plane non vel ejus partem exigere non posset, damnum hoc pertinebit ad Cessionarium, non ad heredes, utpote qui debitorem verum cedere tenentur, non vero locupletem. *l. 4. ff. de hered. & act. vend.* Anton. Faber. *in Cod. lib. 4. tit. 29. def. 15. n. 8.* Hartm. Pistor. *observ. 212. n. 2.* Tondut. *quæst. & resol. civil. cap. 49. n. 1.* Paul Galerat. *de Renunc. lib 1. cap. 4. n. 95.* Franciſc. Niger. Cyriac. *lib. 1. Controv. forens. 169. n. 4.* Alphonſ. de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit. 7. qu. 3. n. 3.* Mev. *part. 1. dec. 92. n. 1.* licet evictio fuerit promissa; Er wolle ihm diese Schuld gewehren. Franzk. *ad ff. tit. de evict. n. 35.* Hartm. Pistor. *d. obs. n. 4.* Brunnem. *ad L. 4. ff. de hered. & act. vend. n. 4.* Christian. Lenz. *in tract. de Cess. nom. cap. 27. membr. 7. n. 15.* Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 6.* Mev. *in Levam. inop. debit. c. 7. n. 44.* Richter. *part. 1. dec. 36. n. 25.* Lauterb. *ad ff. tit. de hered. & act. vend. §. 2. n. 18.* Nisi cedens sciens inopiam debitoris cessit, cessio- 22
narium dolo & laudationibus induxerit ad contractum. Andreol. *Controvers. 333. n. 5.* Niger. *de Laudem. tom. 1. qu. 28. n. 45.* quos laudat & recte sequitur Alphonſ. de Olea *d. tr. tit. 7. qu. 3. n. 6.* Hartm. Pistor. *obs. 212. n. 8.* Mev. *d. cap. 7. n. 39.* Franzk. *ad ff. de Eviction. n. 77.* Lauterb. *d. l. n. 18.* Utilissima itaque cautela est, quam commendat Stryk. *Sect. 3. cap. 4. §. 14. in fin.* ut in specie bonitas præstanda promittatur: Sie wolten sie ihm als eine tüchtige Schuld gewehren. Tunc enim regressum habet Cessionarius adversus cedentes, si debitor ob inopiam suam vel aliam causam solvere vel non possit vel nolit. *d. l. 4. ff. de hered. vendit.* Franzk. *ad ff. tit. de Evict. n. 37.* Joh. à Sande *in tract. de Cession. cap. 9. n. 27.* Nisi post cessionem factam fiat non solvendo, 23
promittens enim nomen bonum & idoneum liberatur, si nomen cessum inidoneum fuerit factum post factam cessionem. *l. 96. §. 2. ff. de solut.* Mev. *part. 1. dec. 93.* Hartm. Pistor. *observ. 212. n. 20. seqq.* Honorat. Leotard. *de Usur. & usurar. Contract. qu. 80. n. 40.* Carpz. *part. 2. const. 34. def. 26.* Lauterb. *ad ff. tit. de hered. vel act. vend. n. 16.* Mev. *in Levam. debit. cap. 7. n. 47.* Sibi enim imputet Cessionarius, quod non exegerit, cum exigere potuisset. Joh. à Sande *in tract. de Cess. cap. 9. n. 29.* Apprime ergo erit utilis Cautela à Dn. Strykio *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 7.* commendata, ut Cessionarius sibi promitti

mitti curet cedentem satisfacturum, si propter inopiam debitoris quocunque tempore subsecutam integrum debitum exigi non posset.

24 Dicta hactenus de hereditariis debitis facili negotio extendi poterunt ad Legatarios & Fideicommissarios, quibus debita vel actiones, sive res aliæ simul sunt relictæ, nam & hi specialiter sunt excepti, ad eosque non pertinet prohibitio L. Anastasianæ, licet nomen dubium pro minimo pretio collegatario cedatur. *l. per diversas 22. C. Mandati.* ibi: *nec non his, quas inter Legatarios & Fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliæ relictæ sunt.* Cujac. *lib. 16. obs. 16.* Menoch. *lib 3. præs. 129. n. 13.* Berlich. *part. 1. decis. 33. n. 2.* Joh. à Sande *in tract. de Cess. cap. 11 n. 12.* Brunnem. *ad L. 22. C. Mandati n. 4.* Eædem enim rationes, quæ pro heredibus militant, applicari quoque possunt ad Legatarios, cedunt enim tunc nomen non penitus alienum, neque animo redimendi lites vel vexandi debitorem, sed potius animo se liberandi à litibus.
25 Requiritur tamen ut nomen, quod cedi debet, utrique fuerit legatum, aliud enim debitum si legatarii sibi invicem cederent pro minori pretio, non effugerent coercitionem L. Anastasianæ, cum clare satis dicta exceptio ab Imperatore Anastasio sit restricta ad debitum commune legatum, quod etiam verum in heredibus, qui sibi invicem non qualiacunque nomina libere possunt cedere, sed tantum hereditaria, in aliis enim cessant adductæ rationes. Et hoc est, quod vult Carpzovius *lib. 5. resp. 32. n. 14.* cessionem fieri debere tempore divisionis.

26 Dicta de heredibus & legatariis extendunt Dd. ad socios, qui quid commune possident. Menoch. *lib. 3. præs. 129. n. 14. & 15.* Andr. Alciat. *resp. 124. n. 3.* Trentacinq. *lib. 2. tit. de Action. resol. 1. n. 7.* Anton. Gabriel. *lib. 2. tit. de Action. concl. 5. n. 12. & 13.* Joh. à Sande *in tract. de Cession. cap. 11. n. 19.* Quæ sententia juri ejusque rationi satis est conformis. Fit enim hoc casu cessio non litis redimendæ, sed litis avertendæ causa, cum communio nil nisi rixas pariat. *l. cum pater. 77. §. 20. ff. de Legat. 2.* quas ut socii declinent, & ab obligatione, qua sibi invicem sunt obstricti, se liberent, permissum illis, ut liceat actiones sibi invicem etiam pro minori summa cedere.

Suffi-

Sufficienter, ut putamus, demonstratum in præcedentibus, 27
cessare L. Anastasianam, si heredes sibi invicem actiones hereditarias cedant, videndum itaque, quid juris sit, si tota hereditas & quidem extraneo, ex titulo emptionis & venditionis cedatur, an actiones
ultra pretium pro hereditate numeratum exequi valeat. Sunt quibus 28
negativa placet, inter quos Donell. *lib.* 15. *Comm. cap.* 43. Adrian. Pulvæus *ad Edict. de alien jud. mut. causa.* relati à Joh. à Sande *in tract. de Cession. nom. cap.* 11. *n.* 16. alios vide penes Berlich. *dec.* 33. *n.* 17. ob generalem Legis Anastasianæ prohibitionem, quæ omnem cessionem Juris dubii pro minori pretio factam valere jubet tantum ad summam concurrentem, eoque fine titulos *ff. & Cod. de hered. & act. vend.* per *L. Per diversas.* 22. *C. Mandati* restrictos & correctos esse asserunt. Ruin. *vol.* 1. *consf.* 37. *n.* 16. Angel. *ad L.* 22. *in fin.* Trentacinq. sub certa quadam conditione huic opinioni subscribit. *l.* 2. *tit. de Action. resol.* 2. *n.* 16. si scil. aperte constet, hereditatem esse opulentiorem quam quod datum, nam si adhuc in dubio esset hereditatis æstimatio, integrum debitum petere posse cessionarium asserit. Bartol. *ad d. l.* 22.
n. 23. distinguit ita: Aut venditor est in possessione, aut non. Priori 29
casu L. Anastasiana cessionem non infirmat; bene tamen posteriori. Quam sententiam tanquam æquam & juris rationi consentaneam
approbat Joh. à Sande *d. cap.* 11. *num.* 18. *in fin.* Alii denique 30
simpliciter asserunt Legem Anastasianam non procedere in Universitate cessa & titulo venditionis translata. Bald. *ad d. l.* 22. *n.* 8. Parif. *vol.* 3. *consf.* 19. *n.* 54 Anton. Gabriel. *lib.* 2. *Commun. Concl. tit. de Action. concl.* 5. *n.* 26. Christian. Lenz. *in tract. de Cession. nom. cap.* 25. *membr.* 2. *per tot.* Berlich. *part.* 1. *dec.* 33. *n.* 16. Franzk. *lib.* 1. *ref.* 8. *n.* 49. ubi contra Bartolum disputat Brunnem. *in tract de Cession. action. cap.* 1. *n.* 47. & *in commun. Cod. ad L.* 22. *n.* 4. *limit.* 4.

Consideratis omnium rationibus distingu. nobis videtur, an 31
agat Cessionarius adversus debitores hereditarios, an adversus alium qui jus hereditatis sibi competere prætendit, nec concedit, cedentem fuisse revera heredem. Priori casu ultima opinio verissima. Cum principaliter nomen vel actio non ematur, sed tota hereditatis. Sande *d. cap.* 11. *n.* 18. Lenz. *d. l. n.* 12. cujus alienatio *in L.* 22. *C. Mandati*, restricta non est. Franzk. *d. resol.* 8. *n.* 49. Et sic penitus non attendenda restrictio Trentacinq. cum hæc exceptio respectu debitorum sit ju-

32 ristertii. Posteriori casu huic L. locum esse censemus, cum revera cessio fiat ad vexandum illum, qui jus hereditatis sibi competere probabiliter prætendit, adeoque si paratus tantum restituere Cessionario quantum dedit, hic contentus esse debet. Et hanc sententiam Bartoli quoque esse auguror, dum dicit hereditatem, quam quis non possidet, cedens venditor est juris & actionis contra alium, cessionarius vero emptor litium alienarum videtur, & sic recte æqua appellatur hæc sententia à Joh. à Sande *d. cap.* 11. §. 18.

CAPUT III.

De Cessatione L. Anastasianæ in possessionis defensione & debito liquido.

SUMMARIA.

Ad possessionis defensionem licita nominis dubii cessio pro minori pretio facta. n. 1.
Idem obtinet in m. f. possessore. 5.
Mevius nobis contrarius refutatur. 8.
An idem procedat si hypothecarius aliorum debita coëmat? Affirm. 14.
Cessat hæc L. in emptore prædii, qui certa debita exsolvenda suscepit, si huic à Creditoribus quid remittatur. 18.
An hæc L. ad nomina certa & liquida pertineat? Affirm. 20.
Hujus sententiæ fundamenta. 21. *seqq.*
Negat. verior ejusque fundamenta. n. 25.
Probatur autoritatibus & præjudiciis. 28.
Confirmatur Decis. Elector. Saxon. 30.
Ad contraria respondetur. 31.
Aliter pretium in cessione determinant Moralistæ, aliter JCti. 35.
Nomen in diem auf Borgezeit *minoris enim posse contra Carpz. defenditur.* 38.
Ad Recess. Imp. de Usur. contract. Resp. 42.
Nostra sententia firmatur autoritatibus. 46.

1 BEati possidentes: regula est inter vulgatissimas notissima. §. 4. *J. de interd. l. fin. C. de R. V. L. Is qui destinavit.* §. 24. *ff. eod.* Mev. *part.* 8. *dec.*

ized by Googl

dec. 246. & seqq. Eodem possessionis favore Imperator Anastasius *in L. per diversas. 22. C. Mandati.* concessit possidentibus, ut impune per cessionem etiam pro minori pretio factam ad defensionem suæ possessionis nomina dubia in se transferre queant. Huic Imperatoris Constitutioni adstipulatur JCti præclarissimi Lenzi. *in tract. de Cession. cap. 25. n. 16.* Bald. *in L. 2. C. ne liceat pot. n. 6. vers. idem dico.* Brunnem. *ad L. 22. C. Mandati. n. 4. vers. sic etiam valet.* Berlich. *dec. 33. n. 23.* Joh. à Sande *in tract. de Act. Cession. cap. 11. n. 21.* Franzk. *lib. 1. resol 8. n. 39.* Christin. *vol. 3. dec. 49. n. 13.* Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 14.* Idque propter clara verba Legislatoris *in d. l. 22. C. Mandati.* ibi: *exceptis his, quascunque vel Creditor, vel is, qui res aliquas possidet pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit.* Rationem hujus exceptionis absolvit favor possessionis, qui 2
in jure solet esse maximus, ita ut ad tuitionem possessionis titulus putativus, coloratus & dubius etiam sufficiat, Mev. *part. 8. dec. 246. n 5.* multaque alia ad sui suæque rei defensionem concedantur. Accedit quoque ratio jam sæpius allata, quod scil. hic cesset animus vexandi debitorem, cum possessor actiones sibi cedi curet, non vexandi, sed se defendendi animo, quæ defensio, sicuti nullo casu, ita & possidenti non est deneganda. E. gr. Emit aliquis bona fide rem tertio 3
hypothecæ nexu obligatam, cum quo transigit, ut cedat sibi jus competens pro minori summa. Quæritur ergo, an non integro jure sibi cesso uti possit adversus alium, cui illa res itidem hypothecæ nexu obligata. Quod omnino affirmandum, quia cessio ad solam possessionis defensionem fuit peracta. Idque vel maxime obtinet, si curet ab actore actionem sibi cedi, qui possessorem in Judicio convenerat de re possessa sibi ob jus potius extradenda, cum sic transactio quædam intercedat. Utut igitur minorem summam pro debito ab actore sibi 4
cesso exsolvisset, non tamen posset repelli exceptione L. Anastasianæ secundum tradita Anton. Gabriel. *lib. 2. tit. de Action. commun. concl. 5. n. 17.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 129. n. 18.* Manz. *ad L. Anastas. qu. 6. n. 24.* quia natura transactionis poscit, ut aliquid detur aut remittatur. *l. 38. C. de Transact.*

Dicta facile concedi possent in bonæ fidei possessore, qui singu- 5
lari favore dignus, imo pro vero domino habendus, usque dum ve-

rus rei dominus appareat. *l.* 136. *ff. de R. J.* Secus vero videtur, si res nobis sit cum malæ fidei possessore, qui odium meretur. *arg.* §. *diverso.* 30. *J. de R. D.* quia culpa est, se rei ad se non pertinenti immiscere. Idem tamen & in hoc obtinere putamus, cum quilibet in possessione defendendus, donec super ejus injustitia pronunciatum. Mev. *part.* 6. *dec.* 163. Et, si adversarius de suo meliori jure non doceat, hic maneat in possessione. *l. fin. C. de R. V.* cum licita sit exceptio de non jure agentis, etiamsi non constet de jure rei. Vivius *dec.* 291. *n.* 2. Mev. *part.* 8. *dec.* 248. *n.* 2. reoque semper competat exceptio juris tertii. Brunnem. *ad d. l. fin. n.* 4. Imo malæ fidei possessor quodammodo est bonæ fidei possessor, si rem ex jure à tertio sibi cesso possidere incipiat, adeoque etiam contra ipsum dominum excipere posse ar-
7 bitramur, si à creditore hypothecario ipsi cessa sit actio. Hinc cautelam non contemnendam commendat Strykius *in perutili tract. de Caut. Contract. Sect.* 4. *c.* 2. §. 14. *in med.* ibi: *Hæc vero utilissima cautela &c.* Ut scil. aliena nomina redempturus in id allaboret, quo ex certo aliquo debito immissionem impetret, post impetratam enim immissionem licitum ei erit, à reliquis hypothecariis actiones eorum emere pro minori pretio, & integræ tamen summæ solutionem urgere à debitore, vel tanquam integre solutam in calculo expensarum referre. Conf. Joh. à Sande *in tract. de Ceß. act. cap.* 11. *n.* 24. Lenz. *in tract. de Ceß. nom. cap.* 25. *n.* 265. Christin. *vol.* 3. *dec.* 49. *n.* 13. Mornac. *ad d. l.* 22. ubi sic pronunciatum refert. Quæ sententia etiam in hac nostra Facultate *die* 6. *Jan.* 1679. fuit approbata, prout legi potest in præjudicio exhibito à Dno. Consiliario Strykio *in d. tract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 19. *verb.*
8 Überdem z. Käuffer rc. Huic tamen nostræ sententiæ è diametro quasi adversatur Mevius *part.* 9. *dec.* 53. qui *n.* 3. talem cessionem L. Anastasianæ esse contrariam contendit, si quis in alieni prædii possessione, quo ea diutius fruatur, vel recuperationem ejus alteri reddat difficilem, aliorum petitiones, quibus jus hoc prædium retinendi competebat, sibi cedi curet. Quam opinionem sequentibus firmat fundamentis:
9 1.) Quod sit vera litium redemptio tendens in vexationem actoris contra expressam prohibitionem *C. L.* 22. 2.) Quod nemo sibi causam possessionis mutare possit. *l.* 3. §. 19. *ff. de acquir. poßeß. l.* 18. *pr. & seq.* §. 1. *ff. eod.* Barbos. *lib.* 14. *cap.* 44. *axiom.* 5. Videtur vero mutata causa possidendi, si jure alterius meam colorare prætendo possessionem.

3.) Ne-

3.) Nemini licere contra naturalem æquitatem alterius bonis subdole & avare inhiare. *l. non debet.* 74. *ff. de R. J.* quæ tamen avaritia in præsenti casu haud obscure appareret. 4) Locupletior fieret cum alterius jactura contra æquitatis naturalis rationem. *l. nam hoc natura* 14. *ff. de Condict. indeb.*

Verum si rationes hæ æquali veritatis bilance trutinentur, non 10
habebimus necessum eapropter communem & veriorem Dd. opinionem deserere. Utut enim hæc fundamenta in thesi sua sint certissima, in hypothesi tamen constanter erunt neganda. Priori enim ex præcedentibus jam satisfactum censemus, ubi sufficienter demonstratum, favorem defensionis excludere omnem sinistram præsumptionem, ita ut credendum, redemptorem hoc non tam facere animo alterum vexandi, quam potius animo se à vexationibus actoris liberandi.

Nec (2) possessor mutat possessionem suam contra *d. l.* 3. §. 19. sed 11
potius confirmat jus suum possidendi, & possessionem, quam antea ob debitum, quo dominum habebat sibi obstrictum, acquisiverat, alio debito corroborat. Imo licet mutaret possessionem, hæc tamen mutatio non esset Legibus contraria, cum *d. LL.* intelligendæ sint de mutatione sine justa causa facta. v. g. Si conductor rem hactenus tanquam alienam possidens, dicere vellet, possidebo imposterum ut propriam, audiendus sane non esset. *l.* 25. *C. de locat.* Quod si vero titulus novus superveniat, causa possessionis licite mutari potest. Brunnem. *ad d. L.* 3. *de acquir. possess. n.* 24. Sic rem locatam ob expen- 12
sas factas, finita etiam locatione, retinere licet, donec eæ refusæ fuerint. *l.* 20. *ff. de acquir. possess. l.* 15. §. 2. *ff. de furt. l.* 5. *pr. ff. de imp. in res dot.* Molin. *de justit. & jur. tr.* 2. *Disp.* 498. *n.* 2. Carpz. *part.* 2. *const.* 25. *def.* 21. Brunnem. *ad l.* 25. *C. de loc. n. ult.* Mev. *p.* 3. *d.* 43. Eodem modo si Conductor rem à locatore emat, eam sine alia traditione nova statim ex causa dominii retinere & possidere potest. §. 43. *J. de R. D.* Parili modo & in præsenti casu jus hypothecæ ex cessione alterius mihi superveniens retentionem & defensionem possessionis tamdiu tribuere potest, donec illa pecuniæ summa, pro qua res hypothecæ nexu obligata, mihi integra restituta fuerit. Ad (3.) & (4.) Me- 13
vii argum. facilis patet responsio, & quidem ad prius, non esse contra

Digitized by Google

naturalem æquitatem alienas appetere justis remediis, quale est cessio juris, quod alius in ea re habebat, cujus acquisitio juri nulli adversatur, si fiat ad sui defensionem, & non ad vexationem. Ad posterius regeritur, debitori cesso non fieri injuriam, neque eum reddi pauperiorem, dum plus exsolvere non teneatur, quam quod revera debuit creditori cedenti.

14 Cum ergo abunde probata sit Cautela: Ut emens nomina aliena sollicitus prius sit de possessione consequenda. Major adhuc suboritur dubitatio, an hoc jus possessoriæ hypothecarios quoque extendendum sit, qui possessionem nondum consecuti sunt. Quod quidem facile affirmari poterit in constituto possessorio, cum per hujus constitutionem transeat possessio ad constitutarium & naturalis & civilis. *l. 77. ff. de acquir. possess.* Tiraquell. *in tract. de Constit. Possessor. part. n. 25. & seq.* Brunnem. *ad d. l. 18. n. 2.* & de hac opinione communi testatur Mev. *part. 5. dec. 351. n. 2.* Ad cujus defensionem pro qualicunque pretio emere potest jura aliis in illa re sibi constituti nexu obligata com-
15 petentia, prouti superius probatum. In nudo vero hypothecario hoc negandum videtur, sit non sit in possessione; cessante enim causa, quæ hic est possessio ejusque defensio, cessat quoque juris dispositio & beneficium, quod est, ut liceat pro minori summa aliorum jura emere. Affirmativam tamen defendunt Christinæus *vol. 3. dec. 49. n. 13.* Mornac. *ad d. l. 22.* Joh. à Sande *in tract. de Cess. act. cap. 11. n. 21.* Quæ sententia argum. *d. l. 22.* defendi posset ex rationis identitate, cum & hi Creditores non videantur vexationis gratia emere aliena debita, sed animo hypothecam suam ut jus confirmandi. *arg. l. 1. C. qui pot. in pign.* ibi: *ita jus suum confirmare potest. l. 22. de pign.* ibi: *con-*
16 *firmat sibi pignus.* Plus enim juris habet Creditor hypothecarius quam extraneus, vel etiam chirographarius, quod vel inde apparet quod hypothecarius solvens alii creditori hypothecario hujus jus in se transferat & in hypothecam hujus Creditoris, cui solvit, succedat, licet nulla conventio desuper interposita sit. *l. 12. §. 6. ff. qui pot. in pign.* Franzk. *ad h. t. n. 67.* Carpz. *part. 1. const. 28. dec. 133. n. 5.* Brunnem.
17 *ad l. 1. C. qui pot. in pign.* Struv. *exerc. 26. th. 34.* Si vero extraneus aut chirographarius solvat, in hypothecarii jus non transit, nisi expresso pacto sibi de eo prospexerit. *l. 3. ff. quæ res pign. vel hypoth.* ibique

que Brunnem. *n.* 1. *l.* 1. *C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Faber. *in Cod. l.* 8. *tit.* 9. *def.* 2. Struv. *d. th.* 34. Carpz. *d. def.* 133. Sic quoque chirographarius in cessione sibi ab alio facta non succedet in totum jus, sed tantum pro quantitate concurrente.

Iisdemque fundamentis decidi poterit quæstio, cujus lucro cedat, 18
si emptor prædii certa debita exsolvenda in se suscipiat: Er nimmt gewisse Schulden auf sich dieselben zu bezahlen. Postea vero transigit cum his creditoribus, qui partem remittunt? Resp. emptoris lucro remissam quantitatem esse, cum hic redimens nomen id faciat possessionis suæ defendendæ gratia, non animo vexandi debitores, sed ex necessitate quadam. vid. Carpz. *Dec. illustr.* 6. *per tot. ubi in fine assert. præjud. Scabin. Lips.* ibi: Und wann sie an ihren Forderungen der Capital oder Zinsen aus freyem Willen etwas fallen und erschwinden lassen, so gehet euch solches zu gute, und möget deßwegen von eurem Verkäuffer nicht in Anspruch genommen werden. Eandemque sententiam 19
tuetur Mevius *part.* 4. *dec.* 114. *per tot.* ubi agit de tali casu: Emptor prædii, de quo concursus creditorum motus, promiserat, juxta ordinem prioritatis sententiæ definitum, creditoribus de pecunia mercedis loco promissa, satisfacere, transegit deinde cum creditoribus, qui partem remiserunt, quæritur an posterioribus creditoribus integram summam tanquam exsolutam imputare possit, an vero posterioribus creditoribus prosit summa à prioribus creditoribus emptori remissa, & prius in supremo Tribunali placuisse d. l. testatur Mevius. Quam Mevii sententiam approbat Brunnem. *ad L.* 22. *C. Mandati. n.* 4. *verb. Et ex hac causa.* Et generaliter concludunt ad debitores non pertinere L. Anastasianam, si his quid remittatur. Carpz. *d. Dec.* 67 *n.* 12. Mev. *d. Dec.* 114. *n.* 2.

Accedimus jam ad secundam Capitis nostri partem examinando, an cessioni nominum indubitatorum obstet exceptio L. Anastasianæ? Quod à plurimis Dd. affirmari video. Parlador. *part.* 3. *lib.* 2. *rer. quot. cap. fin.* §. 4. *n.* 6. Bachov. *in not. ad Wesenb. tit. de hered. & act. vend. n.* 6. Francisc. Niger. Cyriac. *Controv. forens.* 170. *n.* 70. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8 *num.* 29. *& seqq.* quia tamen ipse contrarium statuit *in Comm. ad tit. de hered. & act. vend. n.* 19. Eandem affirmativam sententiam 20

tiam amplectuntur Brunnem. *in tract. de Cession. cap.* 1. *n.* 39. Carpzov. *part.* 3. *const.* 30. *def.* 36. & Lauterb. *ad §. tit. de hered. & act. vend. n.* 36.

21 Idque ex sequentibus potissimum rationibus, quarum 1.) est, quod Imperator Justinianus pariter ac Dd. communiter generaliter loquantur. Prius probatur verbis *L.* 23. *pr. C. Mandati.* ibi: *Ne quis alienum subeat debitum, cessione in eum facta, & ne amplius à debitore consequatur, his, quæ præstitit cessionis autori.* Quod repetitur in *L. fin. d.t.* à Cujacio restituta ibi: *Quæ vult ei, qui pecunias dederit, actiones cedi, nihil tamen amplius exigi permittit, quam quod re ipsa dederit.*

22 Quæ clara Imperatoris Decisio à Dd. communiter est approbata, cum vulgatissimum penes eos hoc reperire liceat axioma: *Cessio debiti non valet, nisi pro quantitate pretii dati.* Gabriel. *lib.* 2. *Comm. concl. tit. de Action. concl.* 5. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 129. Farinac. *in pract. Crim. qu.* 106. *n.* 1. Carp. *part.* 2. *const.* 30. *def.* 35. Brunnem. *ad L.* 22. *C. Mand.* Mev. *in Disc. lev. inop. deb. c.* 7. *n.* 19. Jam vero generaliter dicta generaliter quoque intelligi debent. *l.* 23. *ff. de serv. urb. præd.* Nic. Everhard. *in Topic. legal. in loc. à Generalitate n.* 2. Barbos. *lib.* 7. *cap.* 2. *axiom.* 12. Et hinc ex Dd. interpretatione L. Anastasianam ad nomina indubitata quoque referri posse censet Manz. *ad L. Anastas. qu.* 5.

23 *n.* 3. 2.) Quod vexatio etiam in debito liquido fieri possit, cum unus altero sit rigidior in exigendo debito, quod potissimum urget Lauterbach. *ad ff. de hered. & act. vend. n.* 36. 3) Quod hoc sequeretur absurdum, si liceret certum debitum minoris emere, multo magis liceret incertum, quo utitur Brunnem. *in tract. de Cess. cap.* 1. *n.* 53. Multa enim permittuntur ob dubium litis eventum, quæ alias non

24 permitterentur. 4.) Quod usuraria pravitas sic tegatur, dum pro debito 100. thalerorum tantum exsolvo 80. vel 60. thal. Carpzov. *in Asyl. debit. cap.* 1. *n.* 118. *& seqq.* Omnes vero contractus usurarii sunt nulli, imo insuper emptor amissione quartæ sortis partis est puniendus *per Recess. Imp. de Anno* 1548. *tit.* von wucherlichen Contracten §. Dieweil aber ꝛc. *& de Anno* 1577. *tit. eod.* §. Dieweil ꝛc. vers. Setzen, ordnen.

25 Hisce tamen non obstantibus negativam sententiam, quod scil. L. Anastasiana ad debita liquida non pertineat, juri ac rationi magis consentaneam esse censemus, quia (1.) certam emptionem nominum

num in se licitam ac validam esse, ut aliarum rerum corporalium vel jurium, nisi quatenus per L. Anastasianam prohibita; jam vero Anastasius prohibuit tantum cessiones, quæ fiunt litium redimendarum gratia, & ubi debita sunt illiquida. Certorum vero nominum alienationem tantum abest, ut prohibuerit, uti potius eandem expresse confirmaverit. *verb. d. l 22. C. Mandati: Cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle.* 26 Quibus verbis clare satis innuit Imperator, se restringere velle, L. Anastasianam ad cessionem nominum illiquidorum, ad liquida vero debita hanc Constitutionem non esse referendam. Nec est quod objiciat Manz. *ad d. l. qu. 4. n. 2.* Imperatorem de dubiis propterea tantum loqui, quia cessio nominum indubitatorum fieri non solet, adeoque de iis Legem hanc expresse extendere noluisse *arg. l. 5. ff. de LL.* Non tamen excludere voluisse Imperatorem cessionem jurium liquidorum, si forte casus occurat; hoc enim prorsus negandum, ut ex Dd. verbis apparet. Dum enim Imperator indubitatorum nominum expressam injicit mentionem, procul dubio quoque idem jus de iis disposuisset, si voluisset, ut hic idem juris obtineret. Adeoque dici non potest, eum tacite horum cessionem simul comprehendisse, cum eam expresse excipiat & ad eam extendendam non velit. Cessat quoque (2.) in hac cessione ratio hujus Legis primaria, quæ est debitorum vexatio, ut sic merito ea tanquam Lex correctoria ad hunc casum extendenda non sit. 27 Quam enim quæso vexationem allegare posset debitor fatendo se quantitatem à se postulatam debere, cum nullam causam allegare possit, cur non æque cessionario ut antea cedenti eam exsolvere velit. Aliud vero est, si non fateatur debitum, tunc enim metuendum, ne à cessionario magis divexetur, quam à cedente, & sic aperte sua interest, quo nomine L. Anastasiana ipsi quoque succurrit. Et hanc 28 sententiam tanquam communem magni nominis JCti tuentur. Anton. Gabriel. *lib. 2. Comm. Concl. tit. de Action. concl. 5. n. 51. & 53.* late Anton. Faber. *lib. 12. Conject. cap. 12. & in Cod. lib. 4. tit. 26. def. 9. n. 3.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 13. n. 5.* Rodriguez. *de R. dit. lib. 1. q. 9. n. 26.* Marta *in suis ff. tom. 3. verb. Cessio cap. 15.* Gratien. *tom. 2. cap. 28. n. 9.* Molinæus *in tract. de Usur. qu. 62. n. 413.* Christian Lenz. *in tract de Cess. cap. 25. n. 4.* Chtistin. *vol. 3. dec. 49. n. 14.* Salgado in

Labyrinth. credit. part. 1. cap. 13. §. 2. *n.* 48. & *cap.* 27. *n.* 78. Felician. *de Censib. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 11. late Alphons. de Olea *in tract. de Ceff. Jur. & act. tit.* 6. *qu.* 10. *n.* 55. & *seqq.* Giurba *dec.* 117. *n.* 4. & *dec.* 47. *adject. in fin. tract.* Oleæ *n.* 6. Berlich. *dec.* 33. *n.* 20. Joh. à Sande *in*
29 *tract. de Action. Ceff. cap.* 12. *num.* 25. Et sic pronunciatum quoque ab Amplifs. Facultate Viadrina *d.* 16. 1679. *verb.* Auch 4 dieselben Schulden, so der Käuffer mit dem Kauff-Pretio an sich gelöset, alles gewisse und unstreitige Nomina gewesen, daran der Verkäuffer nichts verneinen können, ad certas vero & indubitatas actiones L. Anastasiana non pertinet. Sande *d. cap.* 11. *n.* 25. Molinæus *de Usuris qu.* 62. *n.* 413. Lenz. *cap.* 25. *n.* 4. Totum præjudicium videre poteris in Stryk. *Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 19. & §. 13. ubi optimam hanc Cautelam commendat, ut quis curet debitorem in Judicium citari, ex eoque quærat, an debitum hoc pro liquido habeat, quod si affirmet Cessionarius, securus eris. Eandem sententiam fovet Elect. Sax. *in Dec.* 28. dum requirit ut in Judicio Cessionarius probet summam nominis cedendi, quo facta firma sit, nisi ultra dimidium læsio concurrat.

30 Ut vero hæc gravissima controversia evitetur, promptissima Cautela suppeditatur: Ut Cessionarius vocari curet debitorem cessum, quo ejus consensu fiat cessio. Ob er dem Titio zahlen wolle, was er ihm Cedenti schuldig? in quod si consenserit, de læsione conqueri non potest. *arg. l.* 203. *de R. I. l.* 1. §. 5. *de Injur.* Nec L. Anastasiana opponere potest, quia hic ex novo contractu delegationis tenetur, non vero ex nuda cessione inter quæ quid intersit dictum *cap.* 1. *n.* 11. Et hanc L. Anastasianam ad delegationem non pertinere in specie probant Mevius *part.* 4. *dec.* 114. *n.* 5. Carpz. *dec.* 67. *n.* 14 & 15. Et valere in totum cessiones in præsentia debitorum expresse vel tacite consentientium probat Hyppolit. de Marsil. *Singul.* 45. *num.* 2. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 129 *n.* 41. Berlich. *part.* 1. *dec.* 33. *n.* 25. Brunnem. *ad L.* 22. *C. Mandati n* 4. *verb.* 3. *Licitæ sunt Cessiones.* & *in tract. de Cession. cap.* 1. *n.* 46. Ex sola tamen taciturnitate consensus colligi non potest, cum regulariter tacens pro consentiente habendus non sit, si agatur de eo obligando, sed taceat salvo jure. *L. qui tacet, non utique fatetur.* 141. *ff. de R. J.* ibique *Dd.* Menoch. *d. l. n.* 42.

Nec

Nec difficile erit contrariis argumentis satisfacere, & quidem 31
ad L. 23. C. Mandati. Resp. Eam tantum mentionem facere L. Anastasianæ, & sic Imperator non novam Legem tulit, sed latam tantum confirmavit, eandemque sententiam cum Anastasio fovisse Justinianum, apparet *ex d. l. 13. verb. Sed cum hi, qui circa lites morantur, tandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserit invenientes machinationem &c.* Ex quibus quis non videt Justiniani hanc Constitutionem oppositam esse tantum litium redemptoribus & præcipue illis, qui verba Imperatoris Anastasii captarunt, ac contra mentem ejus alias machinationes & fraudes introduxerunt. Tantum 32
ergo abest, ut hæc verba nostræ opinioni adversentur, ut potius eandem haud obscure confirment. *L. 24.* autem *C. eod.* authentica non est; vid. *Cap. 2. n. 30.* Nec potest nobis adversari Dd. generale assertum, cum illud intelligendum sit salvis suis limitationibus, nam multæ aliæ rationes ac regulæ generaliter à JCtis proferuntur, quæ tamen innumeras sæpe patiuntur exceptiones. Ad 2. Objectionem reponi 33
mus: Vexationem dicendam non esse, si unus altero magis urgeat executionem, debitor enim qui fatetur se debere ad solutionem licite compelli potest, cum in mora sit constitutus, adeoque hæc mora ipsi commodum afferre non debet. Sic quoque 3. dubii con- 34
sequentia fallit, si ratio diversitatis dari potest, cur debitum certum minoris emi possit quam debitum incertum, quod scil. hoc casu certo metuenda sit vexatio debitoris, non illo casu cum ne actione quidem opus sit, nisi culpæ debitoris efficiatur, ut actionem movere habeat necesse Cessionarius. Probe enim hic observandum, quod 35
monet Honorat. Leotard. *in tract. de Usur. & Usur. Contract. qu. 39. n. 34.* Aliter pretium determinari à Moralistis, aliter à Jureconsultis; illi in debito dubio ob incertum & periculum minori comparationem & acquisitionem admittunt, è contra in debito liquido pro minori pretio fieri posse negant, nisi quatenus damnum æstimandum quod sentiunt ex numeratione præsentis pecuniæ facta. JCti invertunt Sententiam dicendo dubio nihil exigi posse. Brunnem. *de Cess. cap. 1. n. 6.* quam quod datum. In liquido omne exigi posse juxta 36
L. 22. C. Mandati. Ratio hujus discessus est, quod ob varias Lites in Republica ortas cessiones dubii juris quodammodo restringendæ fuerint, certi vero admittantur ob cessantem prohibitionis rationem &

 licet

licet cedens quodammodo lædatur, hæc tamen læsio non attenditur, nisi sit ultra dimidium iterum propter utilitatem Reipublicæ, quæ
37 urget Litium amputationem. Ad 4. argumentum responsio erit clarissima; negatur enim hunc contractum esse usurarium. Nam uti alias emptio & venditio sustinenda, licet aliquis sit læsus, ita quoque nominis venditio eodem modo subsistit. Idque eo magis procedit contra debitorem cessum, respectu cujus nulla læsio concurrit. Et licet per executionem regidiorum damnum aliquod sentire dicatur, hoc tamen damnum culpa sua sentit, dum non solvit quod debet.

38 Minus ergo tuta est sententia Carpzovii *in Prax. Crim. part.* 2. *qu.* 92. *n.* 91. ubi usurarium vocat eum, qui nomen aliquod, cujus solutio particulatim fit, vulgo auf Tagezeit, pro pecunia numerata emit, & ejusmodi emptione aliquid lucratur ultra usuras legitimas. Idem *in Jurispr. for. part.* 3. *const.* 30. *def.* 36. Modest. Pistor. *part.* 2. *qu.* 97. Nullus enim textus adduci potest, ubi talis emptio & venditio sit prohibita vel inter contractus usurarios relata, adeoque res
39 alias in se licita à Dd. inter res illicitas non est referenda. Verior itaque est sententia Christian. Lenzii *in tract. de Cess. cap.* 15. *n.* 5. & 6. Valere hanc emptionem & venditionem, licet minimum intercesserit pretium. Debitori enim cesso nullum fit præjudicium, ut antea dictum, nec venditori damnum infertur, qui forte pecunia præsenti, & uno tempore numerata majus sibi lucrum quærere potest; quam si quotannis pecuniam in minori summa acciperet, & ita vicissim
40 sine singulari sua utilitate expenderet. Imo licet venditor pecunia accepta nihil lucretur, sibi tamen imputare debet, quod vendiderit nomen pretii majoris, non secus ac si prædium aliquod rusticum haberet, 2000. thalerorum, ex quo singulis annis 100. thaleros loco pensionis à conductore exsolutos caperet, alteri vero pro 1000. thaleris venderet, hæc venditio procul dubio sine vitio usurariæ pravitatis subsisteret, cum tamen emptor singulis annis pro 1000. thale-
41 ris emptionis pretio 100 thaleros lucretur. Sed forte regeri posset, dari posse rationem diversitatis inter prædium & nomen venditum, cum prædii periculum sit domini, quod si combureretur forte minus quam 50. thaleros loco pensionis caperet, ob periculum ergo & dubium eventum tale quid tolerari. Sed idem repono & in cessione peri-

periculum esse cessionarii, nisi in specie aliter conventum; cum & hic debitor cessus bonis labi & non solvendo fieri possit. Valebit ergo venditio nominis pariter atque valet venditio prædii, licet emptor inde capiat lucrum. Exiguum quoque robur capit Carpzovii senten- 42
tia ex alleg. *Recessu Imper. de Anno* 1548. *tit.* von wucherlichen Contracten. § Und nachdem die Wiederkauffs-Gülten ꝛc. Agit enim ille textus de emptione redituum constituendorum, nos vero agimus de emptione redituum constitutorum, inter quos magna est differentia. Petit scil. aliquis à me 1000. thaleros mutuo, ego regero me nullam pecuniam fœnori exponere, sed emere censum annuum vel reditum. Quod si ergo 100. thaleros annuatim loco reditus præstare velit, me paratum esse ad solutionem 1000. thalerorum. Quis hic non videt 43
subesse usurariam pravitatem, hic enim debitor revera decipitur, dum usurarum nomine tantum 50. exsolvere tenebatur, jam vero obstrictus est, sub alio titulo reditum vel census 100. solvere. Et sic revera à mutuo contractus hic non differt, licet alia verba sint apposita. Christoph. ab Hagen *in tract. de Usur. cap.* 4. *n.* 122. quippe qui inventus, ut generalis usurarum prohibitio, jure Canonico comprehensa, declinaretur. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 1. *n.* 55. Merito ergo illicitum dicendum fœnus, quod ultra usuras legitimas exigitur. Casp. Roderic. *in tract. de ann. & menstr. redit. lib.* 1. *qu.* 4. *n.* 1. add. Stryk. *in Cantel. Contract. Sect.* 2. *cap.* 8. §. 14. Alia vero ratio est cen- 44
sus jam tum constituti. E. g. Emit quis pro 1000. thaleris annuos reditus 50. thal. qui contractus procul dubio subsistit & debitorem firmissime obligat; cum vero Creditori seu emptori horum redituum commodum non videretur eos retinere, pecuniam vero à debitore recipere non posset juxta tradita Brunnem. *Cent.* 1. *dec.* 56. *Recess. Imperii de Anno* 1548. *tit.* von wucherlichen Contracten. §. Und nachdem. *verb.* Und die Loßkündigung. Carpz. *part.* 3 *const.* 24. *def.* 16. licet adjectum sit pactum, ut liceat emptori repetere pretium; hoc enim videtur usurarium, ut ex *d. Recess.* probat Carpzov. *d. l. def.* 17. nisi emptor moram committeret in solutione census; hoc enim pactum subsisteret. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 1. *n.* 10. Faber. *lib.* 4. *tit.* 30. *def.* 22. *n.* 5. Carpz. *d. l. def.* 15. & hanc cautelam commendat Stryk. *Sect.* 2. *c.* 8. §. 7. *in fin.* Quod si ergo integra sorte opus haberet, posset hosce 45
reditus tertio vendere, pro minori quoque pretio absque crimine

pravitatis usurariæ. Hic enim contractus mera est venditio, & nihil commune habet cum mutuo, nec tendit in debitoris præjudicium, utpote qui non plus exsolvere tenetur, quam antea ex jure firmissimo tenebatur cedenti, nec etiam firmius obligatur.

46 Et hanc nostram sententiam de censu & annuis reditibus in terminis prolixe defendit Alphonf. de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit. 6. qu. 10. n. 60. & seqq.* De pecunia distinctis temporum intervallis solvenda & pecunia hereditaria, Tagezeiten und Erbgelder, idem asserit Lenz. *in tract. de Ceff. nom. cap. 25. pr. n. 5. & 6.* Sic etiam Franzk. *lib. 1. resol. 8. n. 54 & seq.* adversus Carpzovium disputat, probando lucrum excedere posse usuras legitimas, quod approbat Lauterbach. *ad ff. tit. de hered. & act. vendit.* §. 32. ubi *in fin.* Carpzovius allegat tanquam dissentientem. add. *Dd. n. h. cap. alleg.* Qui generaliter concedunt nominis certi pro qualicunque cessionem valere integram.

CAPUT. IV.

De Cessatione L. Anastasianæ in cessione donata.

SUMMARIA.

Lex Anastasiana non obtinet in cessatione gratuito facta. n. 1.
Ratio. 2.
Ampliatur in donatione remuneratoria. 3.
Nisi degeneret in contractum innominatum. 4.
Vel simulata donatio, clam tamen aliquid receptum. 5.
Licet tertiæ personæ residuum donatum. 7.
Pars nominis vendi poterit etiam invito debitore. n. 9. & 10.
Et sic etiam donari. 11.
Ob bene mere residuum licet donare. 12.
Quæ probanda. 14.
Cessio gratuita 500 solidos excedens insinuanda. 15.
Cui renunciari non poterit. 19.
An jurato? 20.
Limitatur in remuneratoria. 23.
Dicta restringuntur ad cedentem & debitorem. 24.

§. 1.

DIximus *in Cap. I. n. 36.* non licere Cessionario plus exigere pro nomine dubio sibi cesso, quam quod revera exsolutum. Quid si ergo nihil datum, an eo casu nihil quoque peti poterit. Videbatur quod sic, ne scil. & in præsenti casu debitores vexentur, cum extra omne dubium ponatur, unum altero longe esse rigidiorem magisque rixosum. Verum ne donationes jam tum satis raræ penitus tollerentur è Republica, ad hunc casum Constitutionem suam extendere noluit Princeps Laudatissimus Anastasius, sed *in L. per diversas 22. C. Mandati.* præ cæteris excepit verb. *si autem per donationem cessio facta est; sciant omnes hujusmodi Legi locum non esse, servanda.* Quod Justinianus postea confirmavit *in L. subseq. 23. C. Mandati.* verb. *Sed si volueris debitum totum pure donare &c. hujusmodi cessionibus non adversamur.* Ratio hujus exceptionis est in aprico, ne scil. commodum, quod habere debebat donatarius, debitor accipiat, ille vero nulla fruatur utilitate. Manz. *in integr. L. Anastas. n. 23.* Accedit, quod cessio in hoc casu ex mera liberalitate proficiscatur, ideoque omnem excludat vexandi animum. Nec obstat, quod & hic debitor lædi possit, hoc enim tantum fit per accidens, quod non attenditur, sed id potius, quod principaliter fluat ex animo benefaciendi. Huic sententiæ subscribunt Anton. Gabriel. *Commun. Concluf. lib. 2. tit. de Action. concl. 3. n* 40. Nicol. Vigel. *M. J. C. lib.* 15. *cap. 4. reg. 6. except. 2. replic. 4. duplic. 6.* Cardinal. Tusch. *lit. C. conclus.* 209. *n.* 37. Berlich. *part. 1. dec. 33. n* 5. Joh. à Sande *in tract. de Act. Cess. cap.* 11. *n.* 29. Christian. Lenz. *in tract. de Cession. nom. cap. 25. notab. 9. n.* 18. Carpzov. *part. 5. resp.* 34. *n.* 7. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 10.* 1 2

Nec quicquam interest, an donatio simplex fuerit, an remuneratoria, cum hæc longe sit favorabilior, quam simplex donatio, adeoque quæcunque nulla causa præcedente donari ac cedi possunt, illa multo magis ob benemerita præcedentia per donationem in alterum transferri possunt. *arg. l. 12. § 2 ff. de admin. & peric. tut.* add. *Disput. de benemeritis sub præsid. Dn. Strykii habita per integrum cap.* 4. & in terminis Franzk. *lib. 1. resol. 8. n.* 21. Modo benemerita non fuerint eo fine facta & collata, quo alter actionem suam dubiam mihi cedat, sic enim non foret donatio, sed potius Contractus innominatus: 3 4

tus: *Facio ut des*; in quibus itidem locum sibi vindicat L. Anastasiana juxta veriorem sententiam Dd. vid. Brunnem. *in tract. de Cess. action. cap.* 1. *n.* 23 *& alleg. cap.* 2. *n.* 9. Licet expresse addatur, reliquum simpliciter fuisse donatum. Nam in cessione actionum pro parte residua donatio fieri non potest. *per L. Anastas.* 23. *C. Mandati.* Carpzov. *dec.* 67 *n.* 3. Cujac. *lib.* 16. *circa fin.* Gratian. *Discept. forens. cap.* 816. *n.* 33. Brunnem. *d. cap.* 1. *n.* 20. Cessio enim quantum ad partem donatam corruit, ita ut lucrum hoc cedat debitori. *d. l.* 23. §. 1. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 33. Sichard. *ad h. l. n.* 6. *in fin.* Lenz. *in tract. de Cess. nom. cap.* 25. *pr. n.* 10. *&* 11.

5 Idemque juris, si quidem simulatur donatio pura, clam tamen aliquid recipiatur. Hoc enim casu nihil recipit, quam quod clam datum. *d. l.* 23. § 2. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 34. *in fin.* Berlich. *dec.* 32. *n.* 6. Brunnem. *de Cess. cap.* 1. *n.* 22. Lenz. *d. cap.* 25. *pr. n.* 12. Menoch.
6 *lib.* 3. *præsumpt.* 129. *n.* 27. Carpzov. *lib.* 5. *resp.* 33. *n.* 6. Et cum difficile sit probatu, an non clam aliquid receptum, consultum erit juramentum eapropter deferre Cessionario. Styk. *in Caut. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2 §. 10. *in fin.* Quo casu tamen juramentum calumniæ prius erit præstandum, si nulla alia suspicio militet contra Cessionarium.

Ob rationis idenditatem eadem decisio obtinebit, si verum pretium dicis causa numeratum, postea vero pars restituta & donata. Menoch.
7 *d. l. n.* 28. Berlich. *dec.* 32. *n* 14. Brunnem. *d. l. n* 24. Sed quid si diversis personis uni nomen hoc pro certo pretio venditur, residuum vero alii personæ donetur, an locus erit L. Anastasianæ? Affirmant id ipsum expressa verba Imperatoris Justiniani *in d. l.* 23. §. 1. *ibi: vel forsitan alii per suppositam personam.* Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 129. *n* 27. Franzk. *d. resol.* 8. *n.* 34. Berlich. *part.* 1. *dec.* 37. *n.* 5. Carpzov. *lib.* 5. *resp.* 33. *n.* 6. Brunnem. *in tract. de Cess. Action. c.* 1. *n.* 21. Ratio
8 est, quod sic etiam in fraudem Legis & vexationem debitoris facta videatur donatio. Tanti enim æstimasse videtur jus suum dubium, quod habebat adversus debitorem cessum, quantum revera sibi exsolvendum curavit. Æquitas ergo suadet, debitores non teneri in plus, quam quod ipse principalis creditor tacite confitetur sibi deberi.

Quod

Quod si tamen appareat, hanc cessionem non fuisse factam animo vexandi debitorem, valere posset. v. g. Si uni dimidiam partem sui juris vendat, Er verkaufft ihm die Helffte seiner Anforderung. quod facere poterit, (cum sit liber rerum suarum moderator & arbiter, *l. 21. C. Mandati.* & qui totum debitum cedere possit. Cencius *de Censib. qu. 72. n. 12.* quia partis eadem est ratio, quæ est totius. *L. Quæ de tota 76. ff. de R. V.*) Etiam invito debitore. Nec obstat *L. Et ancillarum. 27. §. ult. ff. de pecud.* ibi: *Est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxit*; Et sicuti debitor invito creditore solutionem dividere non potest. *l. Obsignatione. 9. C. de solut. l. Tutor. 41. §. Lucius, ff. de Usur. l. 3. ff. famil. ercisc.* Ita nec debitor pro parte debiti potest conveniri, vid. Anton. Gomez. *Tom. 2. Var. cap. 10. n. 5. vers. pulchrum dubium est.* Gratian. *Discept. forens. 16. n. 30.* 9

Ad prius enim respondeo, procedere tantum in creditore, qui 10 non potest in petitione debiti in plures adversarios distringi, non in debitore, utpote cujus nihil interest, imo potius prodest particularis solutio, adeoque facile apparet ratio diversitatis. Quoad posterius, licet concedatur, partem debiti invito debitore exigi non posse. Hoc tantum procederet, si actor integram summam petere posset; videatur Alphons. de Olea *tit. 3. qu. 12. per tot.* Quod si igitur pars 11 dimidia alicui vendita, & alii altera pars dimidia donata, hic donatarius integram summam suæ partis dimidiæ petere potest. Nam Imperator Justinianus prohibuit tantum partis donationem, si fiat ad vexandum debitorem, quod præsumitur, si uni totum debitum fuerit pro certa pecunia cessum, & residuum pretii deinde tertio donatum. Hoc enim casu cum pro tota summa certum pretium accipiat, statim liberatur debitor à priori obligatione, & præsens tantum valet, quantum ad summam concurrentem. Nulla ergo obligatio Juris autoritate jam extincta alteri donari potest, sive sit Cessionarius sive extranea persona. Et ita intelligo Menochium, qui *lib. 3. præsumpt. 129. n. 28.* valere, inquit: Cessionem, quando uni vendita est pars actionis, & deinde alii donata est altera pars, *l. 23.* vero restringit ad personam à Cessionario interpositam.

12 Vidimus non licere nomen pro parte vendere, pro parte donare; Hanc assertionem Dd. communiter limitant, nisi propter benemerita alicui residuum donetur. Trentacinq. *l. 2. Var. resol. tit. de Action. resol. 2 n. 23.* Faber. *in Cod. tit. de hered. & act. vendit. n. 6.* Franzk. *lib. 1. resol. 8. n. 35.* Honorat. Leotard. *in tract. de Usur. & Usurar. contr. qu. 39. n. 23.* Habent enim benemerita hoc præcipuum, quod ob illa multa permittantur, quæ alias non valerent. Quo homines tanto
13 magis ad hanc divinam virtutem instigentur. Hic tamen probe observandum, non quamcunque gratificationem sub nomine benemeritorum venire, sed talia sint benemerita necessum est, ut aliquam actionem eo nomine habeat benemerita conferens. Joh. Harprecht. *ad tit. Proœm. Instit. n. 90.* Hahn. *ad Wesenbec. tit. de donat. n. 4. verb. nisi ob benemerita.* Mascard. *de Probat. concl. 186. n. 4.* Alias enim & hic facile fraudes intervenire possent, si Cessionarius in minimo inserviret cedenti, sed Judicis arbitrio relinquendum, qui ex personarum qualitate aliisque circumstantiis æstimabit, an benemerita tanti sint effectus, ut donatio propterea facta dici possit remuneratoria. Richter. *part. 4. cons. 42. n. 299.* Quamvis in tali donatione non requiratur æqualitas arithmetica, sed longe excedere possit quantitas donata veram collati beneficii æstimationem, quippe quæ ex voluntate ejus, in quem collata sunt, dependere videtur. add. Tiraquell. *ad L. Si unquam. verb. donatione largitus. C. de revoc. donat. num. 81.*

14 Verum cum hoc remedium omnes Cessionarii amplecti possent, dicendo, se contulisse benemerita in cedentem; videndum, cui incumbat probatio, & quomodo hæc facienda. Prius quod attinet, luce meridiana clarius, Cessionario, tanquam Actori, affirmanti, & in hac conclusione suam assertionem fundanti incumbere probationem. *l. 2 ff. de probat.* Menoch. *Cons. 151. n 15.* Andr. Rauchbar, *part. 1. qu. 11. n. 16.* Carpz. *part. 2. const. 13 def. 2. n. 8.* Distinguendum tamen, an cessio ob benemerita facta sit per puram & simplicem donationem, an vero pro parte pretium intervenerit. Priori casu debitori injungendam probationem censemus, clam aliquid pretii nomine datum esse pro cessa actione Bartol. *ad L. 22. C. Mandati. n. 13.* Lenz. *in tract. de Cess. cap. 25. pr. in fin.* Menoch. *præsumpt. 129. n. 35. lib. 3.*

Digitized by

lib. 3. ibique allegat. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 20. Actor enim habet fundatam actionem, dum cedens dicit pretium nullum intervenisse, cujus assertioni propterea in hoc casu standum, quia cessio gratis concessa non videtur facta in fraudem debitoris cessi.

Non nocet; si benemerita fuerint expressa. Hoc enim superflue 15 factum, adeoque nocere non debet, imo licet benemerita non probet, valeret tamen tanquam donatio simplex. Franzk *d. l. resol.* 8. *n.* 21. Mantic *de Tacit ambig. convent. lib* 13. *tit.* 15. *n.* 26. & 27. In posteriori casu vero cum cessio pro parte donari, pro parte vendi regulariter non possit, beneficia in cedentem collata probare debet Cessionarius. Quo casu non sufficit assertio & confessio cedentis sive viva voce, sive in instrumento facta. Matth. de Afflict. *dec.* 350. *n.* 15. & quos allegat & sequitur Trentaoinq. *lib.* 2. *tit de Action. resol.* 2. *n.* 23. Honorat. Leotard. *de Usur. & Usurar. Contract. qu.* 39. *n.* 23. Quoties enim 16 actus aliqua laborat suspicione, toties non credendum personis in materia & re suspecta versantibus, præcipue in præjudicium tertii; vid. quæ diximus *Cap. I. n.* 39. Opus ergo erit testibus extraneis, qui jurato deponant, hoc vel illud benemeritum in cedentem à Cessionario fuisse collatum. add. *Disput. de Benemeritis ejusque cap.* 2. *per tot.*

Denique probe notandum cessionem ex mera liberalitate alteri 17 factam requirere ad sui subsistentiam insinuationem judicialem, si summa 500. solidos vel (ut hodie ex communi opinione æstimatio fit) 1000. thaleros excedat. Carpz. *part.* 2. *const.* 12. *def.* 12. Gail. *lib.* 2. *obs.* 39 *n.* 1. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 3. *cap.* 9. §. 5. Joh. à Sande *Dec. Frisic. lib.* 5 *tit.* 1. *def.* 3. *in fin.* Nulla enim differentia constituitur, an pecunia numerata, an vero jus ad pecuniam numerandam competens in hoc passu alicui donetur, *arg l.* 34. §. 1. *C. de donat.* Christian. Lenz. *in tract. de Cess. nom. cap* 26. *membr.* 1. *n.* 3. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 10. Et licet à Canonistis pia causa eximatur, ita 18 ut huic donatum insinuatione non indigeat. Tiraquell. *de Privil. piæ causæ* 124. & alleg. Brunnem. *ad l.* 34. *C. de donat. n.* 15. Perez *ad d. t. n.* 34. Juri tamen civili hæc sententia conformis non est *per L.* 35. §. *ult. C. de donat. l.* 19. *C. de SS. Eccles.* Quod in hoc casu nostrates sequuntur. Joh. Harprecht. *ad* §. 2. *Instit. de donat. n.* 1. Carpzov. *part.* 2.

conſt. 12. *def.* 13. Struv. *Exerc.* 40. *theſ.* 11. Hahn. *ad Weſenb. tit. de donat. n.* 6. *verb. Nam in aliis quoque.* Licet Brunnem. piæ cauſæ favere videatur *ad l.* 34. *C. de donat. n.* 17. *& l.* 17. *&* 19. *C. de SS. Ecclef. n.* 10. *&* 11.

19 Hæc inſinuationis ſolennitas usque adeo eſt neceſſaria, (quamvis coram quocunque Judice fieri poſſe cenſeamus, exceptis in Saxonia immobilibus. Struv. *Exerc.* 40. *theſ.* 11. Carpzov *lib.* 1. *reſp.* 57.) ut ei à partibus renunciari non poſſit. Zœſ. *ad ff. tit. de donat. n.* 49. Chriſtoph. Philipp. Richter. *dec.* 22. *n.* 61. §. *Alii vero &c.* Hahn. *ad Weſenbec. tit. de donat. n.* 26. *ad verb. Eſt autem hac &c.* Struv. *Exerc.*
20 40. *theſ.* 11. Carpz. *part.* 2. *conſt.* 12. *def.* 14. *n.* 12. Quod tamen ſub juramento fieri poſſe volunt. Gail. *lib.* 2. *obſ.* 39. *n.* 12. Brunnem. *ad l.* 23. *ff. de donat. n.* 23. Guttierez. *de Juram. confirm. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 2. Struv. *Exerc.* 17. *theſ.* 22. §. *Alias communis &c.* Jul. Clar. *Recept. ſent. lib.* 4. §. *Donatio. qu.* 18. Finckelth. *obſ.* 116. *n.* 20. & longa ſerie allegat *n.* 21. Joh. Harprecht. *ad* §. 2. *Inſtit. de donat. n.* 150 ibique relati. Quam ſententiam procedere quantum ad donantem concedimus. Hinc enim juramentum de re licita præſtitum ſervare tenetur. *C. cum contingat.* 28. *X. de Jurejur. C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. Quantum vero ad ipſam donationem vel donatoris heredes conſtanter negamus.

21 Inſinuatio enim eſt ſolennitas quædam à jure requiſita ad actus ſubſiſtentiam, quam privati ne quidem juramentis ſuis immutare poſſunt. *l.* 5. *C. de LL.* non ſecus ac ſi quis ſub juramento prohiberet, ne teſtamentum coram quatuor teſtibus conditum ab heredibus impugnaretur. Perſonaliſſima enim eſt obligatio, quæ ex juramenti præſtatione oritur, quæ tertium non obſtringit, quo minus ſalva conſcientia huic contravenire poſſit. Quod præcipue verum eſt, ſi præſtatur ſuper actu alias contra LL. civiles nulliter geſto. Zanger. *de Except. part.* 3. *cap.* 11. *n.* 201 Brunnem. *ad l.* 9. *C. de LL. n.* 10. Et hanc noſtram ſententiam poſt Anton. Fabr. *lib.* 8. *tit.* 38. *def.* 5. Dan. Moller. *ad Conſtit. Elect.* 14. *n.* 8 *p.* 2. defendit Carpz. *part.* 2. *conſt.* 12. *def.* 14. *n.* 6. *& ſeqq.* & *part.* 2. *dec.* 119. *in fin.* Eckolt. *ad ff. tit. de donat.* §. 11. *in*
22 *fin.* Richter. *dec.* 21. *n.* 62. Quam etiam amplexus eſt Sereniſſ. Elector Saxoniæ *in Dec. Nov.* 20. ubi conſtituit donationem quantum ad exceſſum

cessum 500. solidorum non convalidari, licet juramentum donator adjecerit, eam non debere impugnari. Quæ verba licet generaliter prolata videantur, quasi ipse donator eam quoque revocare posset, merito tamen ad heredes tantum restringenda, utpote de quo casu antea dubitatum fuit. Joh. Philipp. *ad d. Dec. obs. unic. n.* 11.

Remuneratoriæ tamen donationi hoc privilegii loco concedunt, 23 quod sine præcedente insinuatione subsistat, nec revocari possit, etiam quantum ad summam 500. solidos excedentem. *L. Aquilius. 27. ff. de donat.* ibique Brunnem. *n.* 3. Gail. *lib.* 2. *obs.* 39 *n.* 34. Bruckmann. *vol.* 2. *cons.* 1, *n.* 348. Carpz. *part.* 2. *const.* 12. & 15. Finckelth. *obs.* 103. *num.* 5.

Verum licet hæc & multa alia de insinuatione hic disputari pos- 24 sent, si tamen ea ad hypothesin & præsentem materiam nostram transferamus, restringenda nobis videtur supra relata sententia, cessionem non valere ultra 500. solidos, scil. quoad ipsum cedentem, ita ut respectu hujus cessio donata non valeat. Minime vero quantum ad debitorem cessum, respectu cujus hæc exceptio est juris tertii, nam in solius donantis gratiam hæc solennitas est introducta, qui si favore suo uti nolit, donatio est valida. *arg. l.* 45. *ff. de R. I. l.* 34. *de Transact.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 39. *n.* 19. Ut ne quidem in conscientia sit obstrictus Cessionarius quantitatem excessivam sua sponte restituere, nisi donans vel ejus heres petat. Brunnem. *ad l.* 34. *C. de donat. n.* 17. *in fin.* Quamdiu itaque hoc omittitur valet cessio, non secus atque supra à 25 nobis dictum, si pro nomine certo pretium infra dimidium datum sit, valere quantum ad debitorem, non vero quantum ad cedentem, qui ex *l.* 2. *C. de Rescind. vend.* agere posset. Aliud tamen obtinet in Saxonia, ubi regulariter requiritur judicialis insinuatio; vid. *Edict. de Cession. sub dato d.* 1. *Febr.* 1624. §. Anreichend *rc.* & *Dec. Nov.* 28. Tanto magis ergo est insinuanda cessio ex titulo donati facta, & 500. solidos excedens, etiam hoc effectu, ut inde agere possit contra debitorem cessum.

CAPUT V.

De Cessatione L. Anastasiana in Cessione ex necessitate facta.

SUMMARIA.

Necessitas excludit præsumptionem fraudis. n. 1.
Quod etiam verum in cessione. 2.
Quomodo hic sumatur necessitas? 3.
Cessio valet 1.) *si detur insolutum.* 4. *seqq.*
Confirmatur autoritatibus. 7.
Modo debitum legitime probetur. 8.
2.) *Si nomen vendatur sub hasta.* 9.
3.) *Ubi fit per consequentiam.* 10
4.) *Si fiat Fidejussori.* 13.
5.) *Si fiat ob paupertatem cedentis.* 15.
A quo dissentit Brunnem. 17.
Sententia communis toleranda. 19.
6.) *Si ob distantiam loci cessio cedenti sit inutilis.* 21.
Contradicit Brunnem. 22.
7.) *Si Cessionarius à cedente sit inductus.* 23.
Quod certo modo rejicitur. 24.
8.) *In nomine dubio.* 25.
Quod negatur. 26.

1 NEcessitas est durum telum, quæ Legem non habet, sed ex illicito facit licitum. C. 4. *X. de R. I.* ibique Brunnem. *l.* 1. *C. ut nemin. liceat in empt. l.* 2. *in medio. C. de SS. Eccles. l.* 4. *ff. ad L. Rhodiam de jactu. l.* 1. *&* 2. *C. de patr. qui fil. distrax. l.* 3. §. 7. *ff. de incend. ruin. naufrag.* Tabor. *in Barbos. locuplet. lib.* 12. *C.* 5. *axiom.* 16. *&* 17. Petr. Peck. *ad C. in argum.* 78. *de R. I. in* 6. adeoque ex necessitate quæ fiunt, non dicuntur fieri in fraudem. Flamin. Paris. *de Resignat. benef. tom.* 1. *lib.* 2.
2 *qu.* 8. *n.* 41. laudatus à Tabore *d. l. axiom.* 18. Idem ergo dicendum de Cessione; quæ si ex necessitate facta sit, facta non videtur in vexationem & fraudem debitoris cessi, adeoque ad eam L. Anastas. non pertinet. Gratian. *tom.* 2. *Discept. cap.* 286. *n.* 14. Costa *de Remed. subsid. rem.* 36. *n.* 28. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 14. Alphons. de Olea *in tract. de Cess. jur. & act. tit.* 6. *qu.* 10. *n.* 66.

Su-

Sumimus tamen vocabulum necessitatis non pro necessitate absoluta, & consequentis, sed pro necessitate hypothetica & consequentiæ, ubi cessio non fieret, nisi hoc vel illud me juste moveret, & quasi adigeret ad cessionem faciendam & suscipiendam. 3

Huc ergo (1) referimus, si debitor suo creditori nomen aliquod det in solutum. Cum enim homines pecunia destituantur, nec commode alias suis creditoribus satisfacere possint, haud raro nomen sibi ab aliis debitum ex necessitate quadam cedere coguntur. Mev. *in Levam. debit. cap. 7. n. 16.* ubi notat, commercia cum chartis hodie ampliora esse, quam cum nummis. Verum cum nemo adeo sit stolidus, qui malit chartam quam pecuniam accipere, hinc regulariter pro minori summa debita majus nomen adversus tertium sibi cedi curant. 4

Ex quo oritur quæstio: Cujus lucro cedat superfluum. Quod dubium resolvit Imperator Anastasius, dum expresse constituit, in hisce Cessionibus jura antiqua esse observanda. *l. 22. C. Mandati.* ibi: *pro debito.* Et sic pertinet ad Cessionarium. Idque non sine ratione. 5

Nam 1. necessitas hic excludit omnem fraudis suspicionem. 2. Creditori lucrum aliquod non invidendum, cum pro præsenti pecunia sibi debita & exsolvenda spem tantum pecuniæ accipiendæ accipiat. Minus enim est habere actionem, quam rem ipsam. *l. 204. ff. de R. I.* Et hanc limitationem L. Anastas. approbant Gabriel, *lib. 2. tit. de Action. concl. 5. n. 7.* Nicol. Vigel. *in Meth. Jur. Civ. l. 15. C. 4. reg. 6. except. 2. replic. 4. duplic. 3.* Cujac. *lib. 16. Obs. cap. 16.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 129. n. 11.* Berlich. *part. 1. dec. 33. n. 6.* Christian. Lenz. *in tract. de Cess. nom. cap. 25. pr. n. 15.* Carpz. *lib. 5. resp. 35. n. 8.* Brunnem. *ad L. 22. n. 4.* & *tract. de Cession. act. cap. 1. n. 23.* Stryk. *in Cautel. Contract. Sect. 4. cap. 2. §. 14.* Honorat. Leotard. *de Usur. & Usur. Contract. qu. 39. n. 36.* Mev. *in Discuss. levam. cap. 7. n. 25.* 6 7

Modo legitime probetur cedentem cessionarii debitorem revera fuisse; quod aliunde constare debet, quam ex confessione contrahentium. Ludov. *in Decis. rotæ 47. n. 6.* Faber. *in Cod. lib. 4 tit. 26. def. 20. n. 2. & 3.* Honorat. Leotard. *d. q. 39. n. 29.* Carpz. *d. l. n. ult.* Idem con- 8

confirmat *Edictum* Elect. Sax. *sub dato die* 1. *Febr*. 1614. §. Und über das etc. ibi: Sondern auch der Cessionarius, daß dem also gewiß sey, und er in rei veritate eine solche Schuld und Summe bey dem Cedenten zu fordern habe, coram Judice richtig darthun und bescheinigen. In *N. viss.* tamen *Decis*. 28 §. *fin*. à necessitate insinuationis judicialis expresse excipitur Cessio, quæ fit in solutum, adeoque sufficit, si Cessionarius debiti veritatem probet, postquam constituit secum debitorem convenire.

9 Huc pertinet (2) nomen sub hasta emptum, quod publice omnibus expositum fuit venale. Quod si aliquis emat pretio minori, in totum nihilominus valet, nec obstat ei L. Anastasiana, publice enim quæ fiunt, omnem simulationem & sinistram suspicionem, quasi ad vexandum debitorem facta esset emptio, excludunt, quin potius ex necessitate facta videtur, ut creditoribus satisfieri possit, adeoque subsistit. Berlich. *part*. 1. *dec*. 33. *n*. 27. ibique allegati. Lenz. *d. cap*. 25. *membr*. 3. *n*. 2. Brunnem. *in tract. de Cess. act. cap*. 1. *n*. 48.

10 Notabile quoque (3) est, cessare hanc exceptionem L. Anastas. in Cessionibus, quæ fiunt ex juris quadam necessitatè, ob contractum præcedentem & se per modum accessorii habent. v. g. Emi prædium aliquod cum omnibus juribus ac pertinentiis, ubi mihi cedendæ sunt omnes actiones respectu prædii competentes; Si ergo adversus aliquem agam ad jus venandi persequendum, quod ad hoc prædium pertinere asseritur, vel etiam ad certum censum, annuum canonem &c. huic prædio exsolvendum debitores & rei excipere non possunt, hoc jus esse dubium & pro minori pretio comparatum, cum fundus sine hisce pertinentiis consideratus tantæ sit æstimationis, quantum revera

11 pretii nomine exsolutum. Audiendi, inquam, non sunt, cum L. Anastasiana lata sit ad inhibendas Cessiones jurium principaliter celebratas, non vero quæ accessorie tantum ceduntur. Nam principaliter emptio & venditio est celebrata, quæ prohibita non est, licet aliquis lucrum

12 aliquod vel damnum patiatur. *l*. 2. *C. de rescind. vend*. Attenditur ergo tantum venditio tanquam principaliter gesta, non vero Cessio, quæ per consequentiam fuit celebranda. Anton. Gabriel. *tit. de Act. concl*. 5. *n*. 29. Menoch. *lib*. 3. *præsumpt*. 129. *n*. 43. Berlich. *part*. 1. *dec*. 33.

dec. 33. *n.* 24. Christian. Lenz. *in tract. de Ceſſ. nom. cap.* 25. *membr.* 3. *n.* 5. *& ſeqq.* Manz. *in Interpret. L. Anaſtaſ. qu.* 6. *n.* 28.

Ex iisdem principiis (4) defendendum putamus poſſe Fidejuſſo- 13
rem, qui neceſſum habebat creditori ſatisfacere, integram ſummam repetere à debitore, licet creditor principalis per transactionem quid de jure ſuo remiſerit, modo ceſſa ſibi actione utatur. Nam ſi actione mandati contraria agat, conſequitur equidem non tantum principale debitum, ſed omne etiam damnum & expenſas *cap.* 2. *X. de Fidejuſſ. l.* 27. §. 4. *ff. Mandati.* Hering. *de Fidejuſſ. cap.* 26. *n.* 60. *ſeqq.* Ultra tamen quam damnum patitur, repetere non poteſt. Eſt enim hæc actio mandati contraria. Omnis vero actio contraria tantum tendit ad damni reſtitutionem. Ceſſa tamen actione, ſi utatur, omne 14
jus perſequi poteſt, quod habebat creditor principalis, utpote in cujus locum ſucceſſit, licet integrum pretium ſolutum non ſit. Nam L. Anaſtaſiana huic Ceſſioni adverſari non poteſt, quia facta eſt ex quadam neceſſitate & vi contractus præcedentis. *l.* 28. *ff. Mandati. l.* 2. *C. de Fidejuſſ.* add. Paul. de Caſtro *ad l.* 22. *C. Mandati.* ubi in terminis nobiſcum conſentit. Idemque juris arbitramur, ſi adverſus Confidejuſſores actione ceſſa utatur, modo hic proportionabiliter hujus Fidejuſſoris portio, reſpectu totius debiti exſolvenda, ſit detracta.

Sic (5) valere in totum Ceſſionem contendunt, ſi fiat ob inopi- 15
am debitoris, qui expenſas Proceſſus ſuppeditare vel ob potentiam adverſarii jus ſuum perſequi non poteſt, vel etiam ob moleſtias Litis actionem in Judicio inſtituere hactenus recuſavit. Trentacinq. *lib.* 2. *tit. de Act. reſol.* 2. *n.* 13. Berlich. *d. dec.* 33. *n.* 29. *&* 30. Carpz. *lib.* 2. *reſp.* 34. *n.* 4. Stryk. *in Cautel. Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 13. *in fin.* Ve- 16
recunda enim cogitatio ejus eſt, qui Lites exſecratur, nec improbanda, ſed tantum ejus, qui Lites in alium transfert, ut moleſtum adverſarium pro ſe objiciat, ut loqui amat Ulpianus *in L.* 4. §. 1. *ff. de alienat. judic. mut. cauſ.* Paul. de Caſtro *ad L.* 22. *C. Mandati. n.* 4. Et ſumma neceſſitas, quæ urget cedentem, omnem ſiniſtram præſumptionem excludit. Si enim hanc Ceſſionem non faceret, penitus pro obligatione ſibi competente nihil acciperet.

17 Hanc tamen, uti videtur, receptam limitationem rationibus satis prægnantibus impugnat Brunnem. *in tract. de Cess. cap. 1. n. 30. & seqq.* Quod 1. L. Anastasiana non tam consideret cedentem, quam Cessionarium, ita ut tunc demum subsistat Cessio, si hic habuerit causam necessariam vel probabilem. 2. Absurdum hoc sequeretur licere nomen aliquod emere minori pretio à vidua vel alio paupere, non
18 vero à divite. 3. Quod sic nulla Cessio fieri possit, secundum L. Anastasianam decidenda, cum cedens semper habere soleat causam necessariam vel probabilem, cur in alium nomen sibi competens transferat. Nam si debitorem vexare vult, regulariter ipse vexabit, raro vero hoc fine tertio cedit. Nec 4. audiendum esse Cessionarium, si dicat alias neminem fore, qui nomen aliquod emeret. Allegaret enim sic propriam turpitudinem, quod omnia lucro æstimare velit. Ex quo tanto magis constaret animus ejus, quod vexandi causa, non vero ex commiseratione motus, hanc Cessionem sibi comparaverit.

19 Verum quis hoc seculo neminem facile invenias, qui gratias alteri gratificari velit, nec turpe judicetur, aliquod lucrum ex negotio suscepto quærere perversis hominum moribus nonnihil indulgendum, ne alias gravius damnum creditores pauperes incurrant, ut scil. plane nihil consequantur, vel etiam egestate perire necessum habeant, dum
20 nemo parata pecunia ipsis vult succurrere sine suo sperato lucro. Tolerandæ ergo sunt Cessiones, quæ fiunt à cedente ex quadam necessitate, quæ principaliter consideranda, non vero quod Cessionarius forte animum lucri faciendi habere possit. Quod etiam probe consideravit Sereniss. Elector Sax. dum *in Dec. Nov. 28. §. Andern Theils u.* inquit: Nicht zu verneinen, daß wann bey jetzigen Geld-mangelnden Zeiten, und da manchmal aus boßhaffter Verzweifflung, manchmal aus Armuth die Gläubiger von ihren Schuldnern ihre Bezahlung nicht erhalten können, ihnen solche Schulden um ein Billiges zu verhandlen nicht verstattet, und über dem L. Anastasiana allzustreng gehalten werden solte, Niemand sich finden würde, so für eine solche Schuld-Forderung so viel baar Geld, als sie in sich hielte, geben wolte; dahero die Gläubiger bey ihren habenden Forderungen wohl gar Noth und Gefahr leiden müsten zc.

Simi-

Similis casus est (6) Si Cessio ob distantiam loci cedenti sit inutilis, utilis vero Cessionario, v. g. Si Parisiis haberem debitorem, quem sine gravissimis incommodis & valde multis sumptibus convenire non possum, eum cedam alii civi forte Parisiis habitanti, qui longe faciliori modo agere & excutere posset hunc debitorem, valere volunt usque ad integrum debitum, licet longe minoris comparatum à cedente. Berlich. *d. dec.* 33. *n.* 19. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 44. Stryk. *in Cautel Contract. Sect.* 4. *cap.* 2. §. 13. Manz. *in Interpr. L. Anastas. qu.* 6. *n.* 35. 21

Quod iterum impugnat Brunnem. *d. cap.* 1. *n.* 35. cum nulla sit consequentia: Cedens non potest exigere debitum sine incommodo suo, ergo licet Cessionario plus exigere, quam dedit. Ex æquitate tamen & antea dicta ratione, ne alias cedens penitus nihil caperet, iterum admitti posset hæc limitatio, licet generali prohibitioni L. Anastasianæ non satis conformis sit. 22

Et (7) cessare L. Anastasianam contendit Berlich. *d. dec.* 33. *n.* 26. & *dec.* 35. *n.* 3. ubi præjudicium JCtorum Wittebergensium. Franzk. *lib.* 1. *resol.* 8. *n.* 44. Lauterbach. *ad ff. tit. de hered. & act. vendit. n.* 35. si cedens Cessionarium ad contrahendum induxerit. Quod admitto, si forte dixerit cedens, nomen debitoris liquidum esse, quod tamen deinde à debitore cesso negatum fuit. Sic enim clare apparet Cessionarium non habuisse animum vexandi, sed potius omni[illegible] bona fide agendi. Alias vero negandum videtur, cum idem sit, oblatam occasionem peccandi arripere, & occasionem quærere, nec ulla necessitas hic urget Cessionarium, ut oblatum nomen dubium minoris emat. Adde Brunnem. *in tract. de Cess. nom. cap.* 1. *n.* 41. *seqq.* 23 24

Denique (8) observandum nonnullos Dd. L. Anastasianam limitare in nominibus dubiis, si cum nomine & actione empta etiam periculum & incertitudo exigendi transferatur in Cessionarium. Molin. *de Just. & Jur. tr.* 2. *Disp.* 361 *n.* 9. *seq.* Cardin. Tusch. *lit. C. concl.* 109. *n.* 46. Gabriel. *L.* 2. *tit. de Action. concl.* 5. *n.* 51. Berlich. *d. l. n.* 22. & Scabin. Lips. in præjud. penes eundem *d. dec.* 33. *n.* 15. ibi: Dennoch aber, und weil dieselbe nicht klar gewiesen, sondern auf Ausführung ge- 25

gestanden ꝛc. Licet Cessionarius sciat peculiarem modum hanc pecuniæ summam exigendi. Less. *de Just. & Jur. lib. 2. cap. 21. dub. 9. n. 75.* Pretium enim hic æstimandum ex communi opinione, non privati cujusdam industria, Manz. *in Interpret. L. Anastas. qu. 2. n. 14.* & multa propter incertitudinem sustinentur, quæ alias corruerent. *arg. l. 17. C. de Usur.* Gail. *lib. 2. obs. 8. n. 3.*

26 Hæc tamen sententia juri & menti Imperatoris Anastasii directo refragatur, qui Legem hanc propterea promulgavit, ut inhiberet nominum dubiorum cessiones, cum regulariter fiant in fraudem debitoris cessi, qui longe magis vexari potest, si jus illiquidum cedatur, quam si certum sit & indubitatum, & hinc omnia verba de redemptoribus Litium concepta. Quid vero aliter sunt emptores juris, quod per Lites demum certiorandum, quam redemptores Litium, ut clare satis ex perlectione *L. 22. & seq. C. Mandati.* apparet, & huic tanquam veriori sententiæ adstipulantur Manz. *in Interpr. L. Anastas. qu. 4. n. 6. seq.* Brunnem. *cap. 1. n. 66.* Anton. Faber. *lib. 12. Conject. cap. 12.* Christin. *vol. 3. Dec. Belg. 29. n. 14.* Alphons. de Olea *in tract. de Cess. Jur. & act. tit. 6. qu. 10. n. 55. seq.*

27 Quod etiam patet ex absurdis, quæ hinc sequerentur, nam L. Anastasiana ad nomina certa non pertinet, uti probatum *Cap. 3.* incerta jam si non restringeret, plane nulla Cessio ad eam pertineret. Et secundo si Cessio valet si periculum translatum, sequitur omnes Cessiones valere, cum in omni Cessione periculum transferatur, uti late probatum *Cap. 2. num. 21. seqq.* Nec obstat, quod ob dubium eventum multa admittantur; hoc enim fallit, si id negotium in specie à LLbus reprobatum sit, uti hic per L. Anastasianam factum. Et jam tum supra *Cap. 3. n. 15.* monitum, aliam rationem esse pretium moraliter determinare, & juxta L. Anastasianam definire, illo modo dicta sententia procedere posset, hoc modo non, uti probe observarunt Brunnem. *d. cap. 1. n. 66.* Honorat. Leotard. *de Usur. & usur. Contract. qu. 39. n. 34.* Alphons. de Olea *in tract. de Cess. d. l.*

Potuissent equidem plura adhuc adduci, & adducta ulterius deduci, nisi intra terminos Dissertationis Academicæ subsistendum esset.

esset. Sufficiat potiora, ut opinor, esse adducta, in quibus, si erraverim, facile veniam me impetraturum spero, si L. B. consideret, in hac difficili materia non tantum Dd. à Dd. ut communiter fieri solet, dissentire, sed etiam integra Collegia à se invicem discedere, &, quod mireris, Præclarissimos Dd. ipsos secum convenire non potuisse, dum varie suas sententias mutarunt. Deo vero Triuni gratias persolvo immortales pro concesso hujus Dissertationis felici fine.

Dissertatio de Exceptionibus illiquidis sigillatim Exceptione non numeratæ pecuniæ in Reconventionem deducendis, Præside CAROLO FRIDERICO MICHAELIS, J. U. D. & Consist. Ecclesiastici, quod Wittenbergæ est, Advocato ordinario; Wittenbergæ Mense Junii 1724. JOH. CHRIST. MICHAELIS, Schlibena-Saxo.

De Exceptionibus illiquidis sigillatim exceptione non numeratæ pecuniæ in reconventionem deducendis.

SUMMARIA.

1. *Fides sanctissime servanda.*
2. *Huic calumniosæ tergiversationes maxime contrariæ.*
3. *Argumentum tractationis.*
4. *Vulgaris doctrina de exceptione n. n. p. an Quiritum juri satis conveniat, dubitatur.*
5. *Suæ quisque confessioni acquiescat, nisi evidentissimis in contrarium probationibus instructus.*
6. *Leges in contrarium allegatæ.*
7. *Solvuntur generatim.*

8. Ex-

8. *Exceptio non numeratæ pecuniæ num ad solos argentarios vel calendaria Romanorum pertinuerit, conjectura.*
9. *Explicatur L. 10. C. de non num. pec.*
10. *Quæ sententia amplectenda.*
11. *Quid praxis servet in processu executivo.*
12. *Quid si renunciatum sit exceptioni.*
13. *De renunciatione ex intervallo, & an in reconventionem tunc deduci queat, exceptio.*
14. *Responsum Facultatis Juridicæ Wittenbergensis pro negativa.*
15. *Pro eadem Dd. quorundam sententia.*
16. *Debitor renuncians exceptioni in reconventione probaturus eam audiendus.*
17. *Explicantur L. 22. C. ad SCt. Vellej. & L. 4. C. de n. n. p.*
18. *Sententia Fac. Jur. Wittenbergensis reo in executivo processu exceptionem in reconventione deducendam reservans.*
19. *Quorum rationes exhibentur.*
20. *In querela n. n. p. utri, & quomodo probandum sit.*
21. *Exceptio solutionis in processu cambiali admissa.*

§. I.

Fidem, quam & ab eo, quod fiat, quod dictum est, appellatam fuisse, scite conjicit Cicero *L. 1. c. 7. de offic.* omnium sanctissime servandam esse, & naturalis juris præcepta, & morum doctrina, & civilia placita perpetuo inculcant. Et: *Grave est, fidem fallere*, graviter monet JCtus in *L. 1. pr. ff. constit. pecun.*

§. II.

At enim vero jacturam haud levem facit unum illud justitiæ, uti Cicero vocat, fundamentum, si perfidiis varia diverticula ac latebras quærere, forsan etiam permittente ac suggerente jure, fas sit atque integrum, inter eaque non ultimo loco habendæ sunt exceptiones quædam, sæpe non nisi vexæ causa opponi solitæ, v. g. exc. legitimationis ob defectum clausulæ rati in mandato, quam & in judican-

dicando negligi subinde memini, itemque satisdationis pro reconventione, ubi nulla causa reconventionis allegari potest, quam *calumniosam tergiversationem* haud immerito judicat Schilt. *ad π. Exerc 7.* §. 15. junct. §. 16. *in f.* Tanto magis igitur id operam dabit bonus Princeps, ut illis subterfugiis, quantum fieri potest, sublatis, promissis stet sua fides, suaque religio, & celerrime suum cuique tribuatur. Quo nomine sigillatim commendari meretur Saxonum illa executiva atque omnium expeditissima procedendi ratio, ubi quodvis instrumentum guarentigionatum, antegressa debitoris recognitione, paratissimam habet executionem, rejectis exceptionibus, præter eas, quæ ad constituendum judicium faciunt, quibuscunque, nisi sint in continenti h. e. ex documentis pariter quarendigionatis, vel confessione partis adversæ vel alias ex actis, liquidæ, vel in reconventionem vel ad separatum processum, prout nimirum causæ sunt vel connexæ, vel non. Ubi tamen creditorum concursus debebat excipi, in eoque exceptiones etiam altioris indaginis admitti, ob singulares rationes, quas habet Gribn. *in princ. proc. judic. p.* 301.

§. III.

Non jam de singulis exceptionibus, quæ non, nisi litium protrahendarum causa, adinventæ videntur, dicam: neque enim argumentum hoc ex instituto pertractare animus est, sed tantum de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ omnium maxime justitiæ remora est, paucis dispiciam. Enim vero fingamus casum: Cajus Mevio mutuo dat centum, accepto chirographo, in quo hic se centum accepisse, fatetur ingenue, eademquo brevi se redditurum sat liberaliter, &, nescio quibus obtestationibus, pollicetur. Venit dies, non debitor; creditor bono animo & ratus, se sibi optime prospexisse, & rem, producto chirographo, facile confectum iri, debitorem in jus vocat; hic, vel certe procurator, cui aurum, non honestas, cordi est, præter spem atque expectationem negat, pecuniam numeratam esse, creditori, nec tum opinanti, quia regulariter exceptiones probandæ sunt ab allegante, maxime in processu executivo, injungitur probatio factæ numerationis. Hanc vel post longum temporis intervallum demum absolvit, vel aliis probationibus,

bus, præter instrumentum, destitutus, cum nec jurisjurandi delatione uti forte consultum sit, plane jure suo excidit. Atque hoc justum & æquum est: ita communis Dd. schola communiter: idque Romani Juris interpretes, conglomeratis etiam rationibus, ut sibi videntur, satis æquis, mordicus defendunt.

§. IV.

Equidem, uti hanc philosophiam conciliare cum principiis rectæ rationis nunquam potui, quin potius, illis e diametro adversam esse, duxi: ita dubitavi sæpiuscule, an & Quiritum Juri satis conveniat, & tandem, re diu multumque pensitata, & collatis legibus, jus Romanum minus, quam quidem plurimis persuasum est, exceptioni nostræ patrocinari, existimare cœpi.

§. V.

Sane *L.* 1. 2. 13. *C. de non num. pec. L.* 1 *C. d. condict. ob turp. causam. L.* 25. *pr.* & §. *ult. π. d. probat.* & *præsumt. Nov.* 136. *c.* 6. *stare sua quemque confessioni, eidemque acquiescere*, expresse volunt, *nisi evidentissimis probationibus* (*c. L.* 25. §. *ult. π. d. probat.* & *præsumt.*) *per apertissima rerum argumenta*, eademque *scriptis inserta*, *debitor religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, & non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecuturum esset.* vid. all. *L.* 13. *generaliter, C. d. non num. pec.* &, *nimis indignum esse*, judicat Imperator in d. L., *quod sua quisque voce dilucide protestatus est, & in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* Plana sunt hæc omnia, & luce meridiana clariora. add. *L.* 14. *C. d. contrah.* & *commit. stipulat.*

§. VI.

Tametsi vero nec desint, quæ in contrariam partem allegari posse videantur, ut puta *L.* 3. & 10. *C. de non num. pec.* itemque *Nov.* 18. *c.* 8. nihilo tamen magis est, cur sententiam mutem.

§. VII.

Primum enim generatim obstantes hasce LL. conatu haud, pu-

to, infelici jam tum solvit ac diluit distinctione, quæ traditur in d. *L.* 25. §. 4. *π. d. probat. & præsumt.* Hermannus Zollius, JCtus Rintel. in singulari Comment. de hoc argumento, & speciatim Th. V. Nimirum cit. *L.* 25. §. 4. *π. d. probat. & præsumt.* distinguit, utrum *indiscrete*, i. e. sine causa debendi expressa, *loquatur cautio* sive chirographum, an vero *discrete*, & causa debendi eidem sit inserta, ita, ut illo casu eum, *in quem cautio exposita est*, h. e. creditorem, *compelli velit, debitum esse, ostendere, quod debitor in cautionem deduxit*, hoc e contrario *stare oportere debitorem suæ confessioni, nisi evidentissimis probationibus, in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.* Add. *all L.* 5. & 16. *C. d. n. n. p. Nov.* 136. *c.* 6. ubi pariter accurate distinguitur inter chirographum, cui causa debendi inserta, vel non inserta. Atque, cum hac limitatione accipi omnino citatæ leges posse, mihi quidem videntur; quam nisi admittas, antinomias hic admittas necesse est: has si admittas, ea legum sententia merito amplectenda, quæ æquitati naturali, & rectæ rationi, & principiis actionum humanarum maxime congruit. Recta autem ratio suadet, suam cuique confessioni & promissioni oportere constare fidem, usque dum a scribente contrarium probatum fuerit. Neque enim secundum regulas prudentiæ facile fatebitur quisquam, se accepisse, quod non accepit, & si confessus fuerit, suæ id oscitantiæ imputet; ideo vero non omnem illico scripturarum fidem par est labefactari. *Nam eum, qui propria manu vel scripsit vel tradidit ratiocinia* (eadem, imo major ratio est nostrarum obligationum literarum) *quomodo justum fuerit putare, ita dissolutum extitisse, ut, quæ data non essent, pro datis scriberet*, scite inquit Imperator *in d. Nov.* 136. *c.* 6. *in f.* Interim si casu forte, quem nec solertissimus & sagacissimus quisque prævidere potuerit, quis dederit chirographum, ex quo nihil consecutus est, eum audiendum esse, quocunque etiam tempore, & *neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem, Jure Naturæ æquum est*, ut dicitur *in L.* 206. *π. de R. I.* ubi Everh. Bronch.

§. VIII.

Nec vero prætereunda hic est conjectura Ludewigii, qui novissime in *Dissert. de nexu scripturæ & subscriptoris c.* 2. §. 4. existimat,

pertinuisse olim exceptionem non numeratæ pecuniæ ad solos *argentarios*, qui sæpe sibi ipsi debitores scripsissent, vel ab his chirographa, spe facta numerandæ pecuniæ, emendicassent, ideoque, argentariis Romanorum apud nos cessantibus, cessare ipsam quoque legis dispositionem oportere, concludit. Nec minori forsan veritatis specie, quod & idem facit §. 2. *& subj. not. n. 47.* ad Romanorum *Calendaria* privata, quibus apud ipsos contrahebantur nomina, referri posse nostra exceptio mihi quidem videtur.

§. IX.

Tum vero sigillatim *L.* 10. *C. de non num. pec.* nescio an aliqua ratio sit habenda. Neque enim id ibi agitur, ut ostendatur, creditorem, pecuniam numeratam esse, probare oportere, sed tantum, exceptionem solutionis probandam esse ab allegante, innuitur, nec, quæ subjiciuntur, de exceptione non numeratæ pecuniæ, pro verbis dispositivis haberi debent, sed non nisi diversa ratio utriusque exceptionis traditur; quamvis hæc, quod sc. negativæ nulla naturali ratione sit probatio, oppido falsa sit, & dudum ab emunctioris naris JCtis explosa, prout *in peculiari Diss. de probat. directa negativa* evicit Concejus.

§. X.

Quæ quidem omnia si cui non ex asse satisfaciant, vel plane persuadeant, saltem id inde puto confici, contrariam sententiam multis, iisdemque non contemnendis, dubiis involutam atque implicatam esse, ut adeo satius sit, vel eo amplecti illam, quæ ad æquitatem naturalem proxime accedit, h. e. quam nos huc usque propugnavimus. Quemadmodum & hæc nec a principiis Juris Germanici prorsus abludit.

§. XI.

Atque his ita præstructis, intelligitur, tanto magis in executivo processu exceptionem non num. pec. sicubi ea altioris indaginis sit, exulare oportere. Nihilo tamen minus, ut in aliis juris articulis bene multis, ita ut hic tyrannidem agit praxis, illamque, utut illiqui-

illiquidam, in processu executivo æque ac ordinario admittit, quin creditorem ad probandum, pecuniam numeratam esse, adstringit, invitis licet patrii etiam juris principiis. Neque enim *Ord Elect. Sax. de anno* 1612. §. 19. ad quam Carpz. *lib.* 2. *resp.* 8. *n.* 50. & qui eum sequuntur, imprimis provocant, præsidii quicquam illorum sententiæ adfert, ac potius, contrarium ex illa ipsa colligi haud difficulter posse, existimem, cum ibi, ut exceptiones, quæ in processu executivo attendendæ sunt, conjunctim, & ex natura contractus originem ducant, & ex ipsis instrumentis liquidæ reddi queant, requiratur; licet negare nolim, alias quoque exceptiones, quæ ex natura contractus haud descendunt, sunt tamen in continenti liquidæ, attendendas esse. conf. Schilt. *ad π. Exerc.* 22. §. 19. *seqq.* Sola cambia adhuc fidem tuentur suam, ut sint, qui eam quoque arrodant, quos excitavit ac refellit illustr. a Berger in Dissert. *de except. non num. pec. adversus camb. th.* 6. *seqq.*

§. XII.

At quæritur, quid dicendum, si renunciatum fuerit exceptioni nostræ a debitore? annon tum eadem saltem in executivo procedendi genere ille excludatur. Negant Dd. idque vel *simpliciter* ex ratione satis pia quidem, sed non æque solida, ne sc. creditor invitetur, ad delinquendum, & exigendum id, quod non numeravit, & quæ sunt alia, vid. Schultz. *ad Instit. tit. de lit. obl.* vel *cum hoc temperamento*, ut tunc probandi onus ad debitorem pertineat, non ad creditorem. Usus fori simpliciter negativam sequitur, nec limitationem agnoscit, teste laud. Berg. *in Oec. Jur. L.* 3. *T.* 4. *th.* 4. *n.* 8.

§. XIII.

Minus dubii habet, exceptionem non numeratæ pecuniæ cessare, ubi eidem ex intervallo renunciatum fuerit: id enim omnes uno ore fatentur, *arg. l.* 4. *C. de non num. pec. l.* 22. *C. ad SCt. Vellej.* Coler. *d. proc. execut. P.* 1. *cap.* 10. *n.* 210. *P.* 4. *cap.* 1. *n.* 91. *seq.* Carpz. *P.* 1. *C.* 32. *D.* 65. An vero, non obstante reiterata renunciatione, post conventionem finitam, in reconventionem deinceps deduci queat, non æque expeditum esse videtur. Nam regulariter, atque adeo

contra cambium, utut alias Except. non num. pec. locum non habeat, sed *in conventione, in proc. executivo*, quin ea in reconventione allegari possit, nullum est dubium. Illustr. a Berger *in all. Differt. th. 21. add. Ord. Camb. El. de Anno* 1682. *n.* 13. ibi: jedoch mit Vorbehalt seines Rechts. Acriter sane, & fere dubio Marte, quæstionem hanc memini disceptari, & judicantium æque ac consulentium animos trahere ancipites; in causa, derer Richterischen Erben zu Hertzberg contra die Arnoldische Erben.

§. XIV.

Quanquam enim Fac. Jur. Lipf. in eadem causa exceptioni non num. pec. in reconventione, licet eidem iterum iterumque renunciatum fuisset, locum relinquendum esse judicaverat Mens. Sept. in alia tamen omnia ivit Fac. Jurid. Wittenb. in Responso, reis dato, quod hic cum Lectore Benevolo communicare, non alienum esse puto. Auf vorstehende Facti Speciem, &c. Ob wohl die Exceptio non num pec. in denen Rechten dermassen privilegiret ist, daß sie nicht nur binnen zwey Jahren von Zeit des ausgestellten Chirographi opponiret werden kan, sondern auch Onus probandi bey der negirten Auszahlung des Debiti confessati auf den Debitorem transferirt, zur Sache auch nichts thun mag, daß die Reconventions-Klage, und die darinnen urgirte Exceptio non num. pecun. erhoben und vorbracht worden, da der Schuldner durch baare Bezahlung der Convention sich noch nicht entbrochen, in der Chur-Fürstl. Sächsis. Proceß-Ordnung *Tit.* 6. *princ.* aber versehen ist, daß ehe dieses geschehen, der Wiederbeklagte sich darauf einzulassen und zu antworten nicht schuldig seyn solle, angesehen dessen ungeachtet dergleichen Wiederklage ad effectum interrumpendæ præscriptionis auch vor völlig geendigter Convention gar wohl erhoben werden mag, solches auch in der angeregten Proceß-Ordnung nicht untersaget zu befinden, mithin genug zu seyn scheinet, daß vor Ablauff des Biennii die Reconventions-Klage übergeben, und die darauf ausgefertigte Citationes, durante adhuc biennio, denen Wiederbeklagten insinuiret worden sind; Dennoch aber und dieweil die angegebene Schuld aus einem Wechsel-Brief herrühret, und aber bewährter Rechts-Lehrer Meynung nach, die Exceptio non num. pec. wider

Wechsel-

Wechsel-Brieffe, wenn gleich dieselbe ex mutuo herrühren, nicht statt findet, Horn. *Class. XI. Resp.* 100. *ibique all.* Da zumahl in dem Wechsel-Brieffe sub A. die Clausul: den Werth habe ich von ihm baar empfangen, enthalten, und solche Renunciationem Exceptionis non num. pec. bey sich führet, nach der Beylage sub C. einige Zeit hernach des Schuldners hinterlassene Erben sich anderweit zu solcher Schuld bekennet, und unter fernerweitiger Renunciation der Except. non num. pec. die Zahlung zu leisten sich anheischig gemacht haben, in welchem Fall denn mehr bemeldte Exceptio ebenmäßig hinwegfället. Dn. de Berger. *in Oec. Jur. L.* 3. *Tit.* 4. *th. ult. n.* 12. *p.* 631. Dn. Wernher. *P.* 5. *Obs.* 246. Zur Sache auch nichts thut, daß das Doc. sub C. nicht von dem ehmahligen Debitore selbst, sondern von dessen hinterlassenen Erben unterschrieben, auch nicht an den erstern Creditorem, sondern den Cessionarium, und an welchen der Wechsel indossiret, ausgestellet worden, angesehen heredes den Defunctum repræsentiren, und mit selbigen pro una persona zu achten, dann auch aus denen Rechten bekandt ist, daß facta licet cessione, dennoch Cedens der Creditor verbleibe, und Cessionarius ein blosser Procurator in rem suam wird, mithin das anderweitige Bekändtniß, und die reiterata Renunciatio Except. non num. pec. dem erstern ebenmäßig zustatten kommen muß, bey diesen Umständen aber, ob die Reconventions-Klage intra biennium richtig übergeben und angestellet worden, zur Sache wenig thun mag, noch, daß man sich auf die Præscription fundire, nöthig ist; So erscheinet daraus so viel, daß die angestellte Reconventions-Klage wider die Arnoldische Erben nicht statt habe, sondern dieselbe mit der Exceptione renunc. & incompet. act. billig zu hören sind. V. R. W. Ex quo Responso, quod obiter notandum, & illud addisci potest, reconventionem, etiam nondum finita conventione, institui posse, ad effectum scil. interrumpendæ præscriptionis, quippe quam sola citatione interrumpi, tralatitii Juris est. Ad hæc, si condici chirographum potest, antequam creditor executive experiatur, (licet salvo executivi processus commodo) uti censet Berlich. *part.* 1. *concl.* 57. *n.* 92. itemque Schilt. *ad π. Exerc.* 13. *th.* 19. & pluribus exictum dedit Excell. Dn. Wernher. *in Diss. de Reconv. ante finit. conv. in foro Sax instituenda* § 27. *seqq.* quibus etiam adstipulatur *L.* 7. *C. d. n. n. p.* quid impedit, quo minus, mota jam tum conventione, licet nondum finita, reconventionem inter-

intentare possis, saltem ad id, ne præscriptio deinceps tibi objici queat? An vero reconventus, cui nondum satisfactum, ad reconventionem propositam respondere, & sic ab executivo processu recedere teneatur, alia est quæstio, & merito neganda.

§. XV.

Sed in viam: ubi non diffiteor, quosdam Dd. quæstionem omnino negare. conf. Schulz. *in Synopsi Instit. tit. de lit. obl.* Hartm. Pist. *Quæst.* Jur. *L.* 4. *Qu.* 12. *n.* 15. Nec est, quod all. Dd. de proc. executivo seu conventione accipias, cum alter non distinguat, alter manifeste ordinariam experiundi rationem supponat, ad processum executivum in sequentibus demum, scil. No. 7. descendens. Id quod evidentius etiam redditur exinde, quod uterque, parem esse rationem renunciationis & jurejurando, & ex intervallo factæ, contendat; neuter vero, juratam renunciationem exceptionem ullo modo admittere concedet.

§. XVI.

Enimvero licet dederim, imo etiam contendam, Exceptionem non num. pec. cum regulariter, tum maxime, si eidem renunciatum fuerit sive in ipso chirographo, sive in separata schedula & ex intervallo, ubi fortior quidem *præsumtio* adversus debitorem militat, ab executivo processu penitus eliminandam esse; putarim tamen, debitorem, finita conventione, imprimis si probandi onus subire velit, de non num. pecunia conquerentem, audiendum esse. Neque enim præsumtionem istam, quæ inducitur ex geminata confessione, ita comparatam esse existimo, ut probationem contrarii haud admittat. Consent. Brunn. *ad L.* 13. *C. de non num. pec.* Apprime huc facit *L.* 1. §. 6. (*junct.* §. 5.) *ff. quar. rer. act. non. datur.* ibi Ulpianus: *In summa, si in* continenti *impositum quid sit liberto, quod ἐπικείμενον, id est, imminens, oneret ejus libertatem, dicendum est, exceptioni locum facere. Sed si* post intervallum, *habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat promittere: sed idem erit probandum & hic, tamen causa cognita,* si liquido appareat, *libertum metu solo, vel nimia patrono reverentia ita se subjecisse, ut vel pœnali quadam stipulatione se subjiceret.* Quæ Lex, etsi de

de diverso quidem casu loquatur; saltem tamen argumentum aliquod pro nostra sententia exinde deduci, ob rationis paritatem, posse existimaverim.

§. XVII.

Neque aliud evincere mihi videntur *L. 22. C. ad SCt. Vellej.* & *L. 4. C. d. n. n. p.* quas allegant dissentientes, sed de diversis plane casibus disponere, in aprico est. In illa namque, nempe in *L. 22. ad SCt. Vellej.* dicitur, si mulier fidejubens NB. *post biennium* fidejussionem repetierit, eam plane teneri, utpote quæ intra ejusmodi spatium juris ipsi competentis certior facta præsumi possit. Sed quid hæc ad præsentem casum. Sane elapso biennio ipso jure, quod nec dissentientes eunt inficias, plenissima literarum contrahitur obligatio. Ad *L. 4. C. de non num. pec.* quod attinet, fateor, paulo magis illam, quam *d. L. 22.* dissentientibus favere. Sed res est in salvo. Primum enim supponitur in *c. L. 4. C. de non num. pec.* aliquem jam *solutionem portionis debiti vel usurarum fecisse*, ex quo sane evidentius, quam simplici quavis renunciatione & confessione etiam geminata, pecuniam numeratam esse, intelligi potest, quamvis præsumtionem hanc, siquidem contrarium probari queat, cedere oportere veritati, non obstante *d. L. 4.* æque existimaverim. Deinde ratio legis est dubio procul agnitio, quæ ex solutione vel sortis, vel usurarum, colligitur, ibi: *cum fidem cautionis agnoscens &c.* conf. Brunnem. *ad hanc L.* qui & in nostro casu animum agnoscendi cautionem priorem requirit, eum tamen in dubio non præsumendum existimat. Quod si igitur renunciationem, etiam ex intervallo non animo agnoscendi obligationem, sed alia quavis de causa, v. g. spe numerandæ pecuniæ, factam esse, ad liquidum perduci possit, haud apparet, cur putativus debitor non sit audiendus, & sic, quod non extitit per rerum naturam, existat, aut numeratio, quæ facta non esse probatur, facta sit. Atque si nec jurata adeo renunciatio exceptionem nostram excludit, quod quidem multi, Juris Canonici principiis inutriti, negant, sed clarissime evincit *L. ult. C. de non num. pec.* multo magis id de simplici, utut ex intervallo, & semel iterumque facta, confessione dici, fas est. add. Schilt. *ad π. Exerc. 22.* §. 32.

§. XVII.

§. XVIII.

Itaque etiam Fac. Jur. Wittenb. non solum penes Dn. à Berger. *in Oec. Jur. L. 3. T. 4. th. 4. n. 12.* reo in executivo processu exceptiones, in iisque, uti ex antecedentibus colligi potest, sine dubio nostram quoque in reconventione deducendas reservavit, sed & Lipsiensium sententiam, cujus in §. 14. mentionem fecimus, leuteratione ab eadem interposita, confirmavit, quæ & , licet provocatum ab ea fuisset, rejecta appellatione, in rem judicatam transiit deinceps.

§. XIX.

Operæ pretium me facturum existimo, si JCtorum Wittenberg. rationes hic subjiciam, quæ ita se habent: Ob wohl Wiederbeklagter sich graviret befindet, daß erstlich auf dessen Exceptionem conventionis nondum finitæ, item præscriptionis nicht gesehen worden, da doch nach der Chur-Fürstl. Sächß. Proceß-Ordn. *Tit.* 6. Kläger sich auf die Wieder-Klage einzulassen, und zu antworten nicht schuldig, es wäre dann die Conventions-Klage durch würckliche Zahlung gäntzlich geendiget, folglich durch die zur Unzeit angestellte Wieder-Klage die Præscriptio exceptionis non num. pec. nicht interrumpirt werden können, hiernechst daß auch auf die Exceptionem non competentis actionis nicht erkandt worden, da doch allhier eine Wechsel-Schuld, wider welche, bewährter Rechts Lehrer Meynung nach, die Except. non num. pec. nicht statt findet, dann auch daß auf die iteratam confessionem debiti nicht reflectiret worden, welche doch ebenfalls, bewährter Rechts-Lehrer Meynung nach, bemeldte Exception excludirt, *arg. L. 4. C. de non num. pec.* Dn. à Berger, *Oec. Jur. L. 3. T. IV. n. 12. p.* 635. D. a. d. intextu alleg. nur disponiret, daß Kläger vor völliger Endigung der Conventions-Klage auf die Wiederklage sich einzulassen nicht schuldig sey, daraus aber nicht folget, daß die Præscriptio dadurch nicht interrumpirt werden können, als zu welchem Effect nicht eben die Einlassung und Litis Contestation, sondern auch nur die Citation erfordert wird, welche allhier 2. Tage vor Ablauff des Biennii geschehen, zu geschweigen, daß die Endigung der Conventions-Klage nicht allein durch baare Bezahlung, sondern auch andere Satisfaction, geschehen kan, dergleichen sich allhier Klä-

Kläger ebenfalls durch die gegebene Nachsicht gefallen lassen; Hiernächst wenn die Except. non num. pec. wider Wechsel-Schulden nicht admittiret werden will, solches bloß von der Conventions-Klage und dem Fall, da solche nicht in continenti liquida ist, anzunehmen, daraus aber nicht folget, daß solche nicht eben so wohl, als andere dergleichen Exceptiones, in der Reconvention ausgeführet werden können, was aber Exclusionem hujus exceptionis per iteratam confessionem anlanget, welche die Dd. gemeiniglich ex *L. 4. C. d. n. n. p.* jedoch nur per argumentum zu deduciren suchen, daraus weiter nichts als eine Præsumptio numerationis entstehen kan, welche per contrariam probationem regulariter elidiret werden kan, daher auch bewährte Rechts-Lehrer ex summa æquitate davor halten, quod etiam contra agnitionem debiti debitor, contrarium probaturus, audiendus sit. Lauterb. *Comp. Jur. de reb. cred. p. 171. n. 11* Zu geschweigen, daß in keinem Lege, daß solche Exception auch per modum condictionis indebiti nicht ausgeführet werden könte, deutlich enthalten, in gegenwärtigem Casu aber auch dieses wohl zu consideriren, daß nicht der Aussteller des Wechsel-Briefes selbst, sondern dessen Erben, solche Wechsel-Schuld nochmahls agnoscirt, und zwar ebenfalls aus Noth, wie sie nicht unwahrscheinlich anführen, damit ihnen nemlich das Biennium nicht vorbey streichen möchte, nun aber von bewährten Rechts-Lehrern bey der Argumentation aus obangezogenem Lege 4. nicht ohne Ursache diese Limitation hinzugefüget wird, nisi sit heres, qui habet justam errandi causam, *arg. L. 42. d. R. I.* Brunn. *ad L. 4. C. d. n. n. p.* daher es um so viel billiger, daß Beklagte, welche ohnedem als Weibs-Personen gar leichte dahin gebracht werden können, dasjenige, was ihnen vorgeschrieben worden, zu unterschreiben, wieder die Agnition einer von ihrem Erblasser vermeintlich herrührenden Schuld wenigstens in reconventione gnüglich gehöret werden; So ist von Uns gesprochener maaßen billig erkandt.

§. XX.

At supra diximus, querelæ non num. pecuniæ locum omnino relinquendum esse, imprimis si debitor reconveniens probandi onus subire velit. Quæritur hinc 1) utri illud incumbat, creditori, an debitori? 2) quonam genere probationis utendum sit? Ad primam quæstionem facile responderi poterat ex iis, quæ antea præstruximus, nimirum

mirum pertinere probandi munus ad debitorem. Accedit, quod regulariter probare teneatur actor *L. 21. π. d. probat.* etiam negativam, si fundamentum in ea collocet suæ intentionis. At usus fori hic iterum in contrarium est, & reum debitorem ad probandum compellit. Cujus ratio est in propatulo: Cum enim in processu executivo, celerrimo procedendi modo exceptioni non num. pec. locum relinquat, ejusque probationem creditori injungat, facile intelligitur, nec aliter servari in reconventione, quæ ordinario processu reg. pertractanda. Sola cambia, & quando ex iis intentatur reconventio, solus, quod sciam, excipit Illustr. à Berger. *in all. Dissert. de exc. non num. pec. adversus camb. th.* 21. quamvis ratio, qua utitur, generalis sit, & ad cambii non magis, quam simplicis cujusque chirographi, obligationem pertineat. Atque hanc in sententiam pronunciavit laudata Fac. Jur. Lipf. in causa, quam dixi, cum actor, communi opinione minus confisus, jurisjurandi delatione, utut tantum eventualiter, si quidem reo probatio dictitanda haud fuerit, uteretur, eumque jurare, Dicasterium celeberrimum juberet. Ad alteram quæstionem quod spectat, videtur Jus Romanum sibimet ipsum non constare, & modo solam probationem per documenta vid. *L. 25. §. ult. π. de prob. & præs.* ibi: *evidentissimis probationibus in scriptis habitis. L. 13. C. d. n. n. p.* ibi: *per apertissima rerum argumenta scriptis inserta*, modo solam jurisjurandi delationem admittere. conf. *Nov. 136. c. 6.* ibi: *nequeat amplius ab eo, qui hoc fecit, singularum causarum particulatim probationes exigere: nisi forte ex abundanti velit vel ipsi, vel creditoris heredibus jusjurandum deferre. Hoc enim solum ei concedimus.* Ego vero non putem, has LL. in praxi vel attendi, vel attendendas esse, & sicubi indoles processus, nempe executivi, non repugnet, & probationem, quæ fit, sive per testes, sive per documenta, & jurisjurandi delationem, non insuper habendam esse, nec id principiis vel rectæ rationis vel juris Germanici refragari. conf. Schulz. *ad l. d. t. d. lit. obl* quemadmodum etiam memorata Fac. Jur. Lipf. in dicta causa jusjurandum deferre reis haud dubitavit, obst. licet *L. 25. §. ult. π. de prob. & præs. & L. 13. C. de n. n. p.*

§. XXI.

Ceterum in ingressu Dissertationis monitum à nobis est, processum

sum executivum regulariter respuere exceptiones, quæ non in continenti liquidæ fuerint, & illas rejiciendas esse vel in reconventionem, vel ad separatum processum. Scio tamen, ubi adeo in cambiali processu exceptio solutionis, eademque altioris indaginis, fuit admissa, & actori, reo minus plene probante, purgatorium dictitatum, nimirum in causa Johann Andreen Schultzens contra Felician Berwalden zu Hertzberg, idque ex sententia JCtorum Wittenb. cujus rationes, velut coronidis loco, haud præter rem erit, subjicere.

Rat. Decid.

Dieweil, nach Anleitung derer cum causæ cognitione ergangenen allergnädigsten Befehle Vol. 1. fol. 117. & 147. die von Beklagten vorgeschützte Exceptio solutionis ohne Weitläufftigkeit erörtert, und zu dem Ende die fol. 50 befindliche Zeugen-Aussage eydlich bestärcket werden sollen, Klägers Principal auch es dabey bewenden, und solche eydliche Bestärckung fol. 153. & 156. seqq. geschehen lassen, mithin, daß der Execution des judicati fol. 95. so lange, biß besagte exc. solut. erörtert, Anstand gegeben werde, consentiret, zumahln er, daß Beklagter die zuerkandte 29 Thal. 2. Gr. 10. Pf. Armuthshalber abzuführen, und also zuförderst der Convention durch würckliche Zahlung sich zu entbrechen nicht vermögend, fol. 153. b. seq. eingeräumet, und zugestanden, im übrigen Klägers Principal durch derer Zeugen fol. 153. & 156. b. erfolgte eydliche Bestärckung ihrer Aussage zu dem fol. 175. b. auferlegten Reinigungs-Eyd allerdings graviret, und es darbey, bevoraus, da vermittelst desselben am kürtzesten aus der Sache zu kommen, so wohl Beklagter sein Armuth beschworen, billig zu lassen; So ist von Uns rc. rc. Ac licet, leuteratione interposita, aliter sentiret Fac. Jurid. Lips. pronunciando; &c. Daß Kläger sich eydlich zu reinigen, und daß ihm die libellirte Wechsel-Forderung der 59. Thal. 16. Gr. 5. Pf zur Zeit der erhobenen Klage nicht bereits völlig befriediget, sondern ihm Beklagtens Principal darauf damahls zum wenigsten annoch 29. Thal. 2. Gr. 10. Pf. schuldig gewesen rc. zu schweren nicht schuldig, sondern Beklagter seines Vorwendens ungeachtet, dieweil die vorgeschützte exc. solut. durch derer einseitig abgehörten Zeugen theils zweiffelhaffte Aussage über einige dem Ansehen nach meisten Theils vor Ausstellung des Wechsel-Brieffes bezahlter Posten keines weges in continenti liquid zu machen, daß sie wi-

der den producirten klaren Wechsel-Brieff und das judicatum fol. 91. in der Convention attendiret werden können, Klägern die auf den geklagten Wechsel rückständige 29. Thal. 2. Gr 10. Pf. nebst dem Interesse moræ nochmahls zubezahlen, und die verursachte Unkosten nach dieser vorgehenden Liquidation und Richterliche Ermäßigung zu erstatten, schuldig, und mit besagter seiner Exception in die Reconvention zu verweisen rc. rc.

merito tamen JCtorum Wittenbergensium sententia potior fuit, viresque rei judicatæ est nacta. Scilicet dandum hic aliquid erat paupertati, quæ maxime colligitur, si reus eam jurejurando confirmaverit, parendum necessitati, quæ per se non habet legem, & interpretanda jura, quo minus aliquid iniqui inde consequeretur. Iniquissimum autem fuerit, reum, qui solvendo haud est, & cujus forsan interesse potest, ut audiatur, non audire, & spe sua frustratum auxiliique inopem repellere. Atque hoc est exemplum institutæ reconventionis ante conventionem finitam, post illa, quæ Exc. Dn. Wernh. *in laud. Diss.* singulari industria collegit.

Dissertatio de Tribus Sententiis conformibus, Præside JACOBO FRIDERICO LUDOVICI, J. U. D. Profess. publico & Facult. Jurid. Assessore, Halæ Mens. Januar. MDCCXI. JOHANN GOTTFRIED BURGER, *Halensis Magdeburg.*

De Tribus Sententiis conformibus.

CAPUT I.

Quænam sententiæ conformes dicantur?

SUMMARIA.

1. *Conformitas sententiarum ad casus rariores pertinet, quoniam sententiæ ut plurimum inter se discrepant.*

2. Non

2. *Non tamen propterea ipsa juris ars vituperari debet.*
3. *Interdum dantur sententiæ conformes.*
4. *De conformitate duarum sententiarum incidenter.*
5. *Requisita conformium sententiarum.*
6. *Textus ex Codice de tribus conformibus sententiis disponens.*
7. *Explicantur verba ultima illius textus.*
8. *Disquiritur, an ex illo textu regula universalis de tribus sententiis conformibus deduci queat?*
9. *Ad conformitatem sententiarum non requiritur, ut illæ successive nulla sententia difformi interveniente prolatæ fuerint.*
10. *Sententiæ tres non sunt conformes, si duæ priores super meritis causæ, tertia vero super desertione appellationis lata.*
11. *Nec si tertia sententia remedium aliquod suspensivum, quo per duas priores sententias gravatus uti voluit, rejicit.*
12. *An laudum arbitri in numero trium sententiarum computetur?*
13. *An computetur sententia Commissariorum?*
14. *Quid si una ex tribus alterius sententiæ declaratoria sit?*
15. *De sententia, quæ tres conformes adesse declarat.*
16. *Si tertia sententia novum aliquod gravamen adjicit, ejus gravaminis intuitu conformitas cessat, quod exemplis illustratur.*
17. *Quid si una simpliciter condemnat, altera vero ex certo tempore.*
18. *De Casu, quando duæ sententiæ conformes latæ, tertia è contrario eas duas pro nullis declarat, quarta autem easdem iterum confirmat: additur adhuc adfinis casus, quando quis obtinuit duas sententias absque tituli probatione: alter deinde probat titulum & contrariam obtinet sententiam: is, qui primo duas obtinuerat sententias, anteriorem titulum ostendit, & nunc pro ipso iterum pronunciatur.*
19. *Quid, si una ex tribus sententiis in contumaciam lata? item, si duæ sententiæ absolutoriæ latæ super negotio principali, per unam vero reus ab instantia, vel observatione judicii fuerit absolutus?*
20. *Quid, si reus propter eandem quidem exceptionem peremptoriam absolutus, quæ tamen in una sententia tanquam litis ingressum impediens, in reliquis duabus autem tanquam ordinaria exceptio considerata.*
21. *De casu, si secundus judex dicat, male judicatum à primo, sed tamen ex noviter productis ejus sententiam confirmet.*

22. *Duo casus ex Scaccia: primus, quando una sententia absolvit à toto eo, ad quod altera condemnat: secundus, si utraque quidem sententia condemnat, sed una ad hanc, alia ad aliam rem.*
23. *Quid de tribus decretis rejectitiis intuitu suscipiendæ appellationis sentiendum?*
24. *An quæ de tribus conformibus dicuntur, præter definitivas etiam ad interlocutorias pertineant?*
25. *An tres conformes in hac materia etiam dicantur, quæ in eodem judicio prolatæ, an vero necessario supponatur, quod jam bina appellatio præcesserit? Affirmat Mevius, cujus rationes adducuntur.*
26. *Et refelluntur, prima.*
27. *Secunda.*
28. *Tertia.*
29. *Et quarta.*
30. *An in dubio pro conformitate sententiarum pronunciandum an contra illum?*

§. I.

CONformitatem sententiarum ad eorum classem refero, quæ non quoditie obvia sunt, sed quæ comparative loquendo semel aut bis fiunt. Quod si enim pleraque Actorum volumina in Archivis perlustrare velis: certo deprehendes, in sententiis vel ab ipsis judicii Assessoribus, vel à Collegiis etiam juridicis conceptis, magnam opinionum diversitatem & sæpe juxta vulgatum illud, tot sensus adesse, quot sunt capita. Neque hoc solum in controversiis civilibus accidit: criminales causæ idem fatum experiuntur. Alter pure absolvit: alter ad mortem condemnat: tertius torturæ reum subjiciendum esse pronunciat: quartus juramentum purgationis ab eodem exigit: præstito hocce quintus reum fustibus adhuc admonendum esse existimat; vid. exemplum *in Disp.* Illustris Thomasii *de Judice sententiam in causis criminalibus latam ab actis removente.*

§. II.

Cave tamen, ne propterea ipsam juris artem calumnieris. Vox vulgi est, jus habere nasum ex cera effictum, quem proinde, prout placuerit, mox in hanc, mox in diversam partem flectere queas. Eos,

Eos, qui arte juris imbuti sunt, rei judicatæ similes esse, quod quemadmodum hæc ex albo nigrum, & ex nigro album efficere dicitur: ita & illi ex rectis curva & ex curvis recta producere possunt, & quæ sunt plura similia alia. Sed vana hæcce vulgi vox est. Dissentiunt quidem, fateor, Legum interpretes circa varias adsertiones: ipsa tamen experientia nihilominus docebit, diversitatem sententiarum utplurimum non ex incertitudine juris quoad thesin considerati, sed potius ex applicatione juris ad factum provenire: variam autem applicationem exinde originem suam ducere, quoniam in plerisque factis variæ simul concurrunt circumstantiæ, quæ non evidentiam, sed probabilitatem solum constituunt & quarum per consequens altera huic, altera illi præponderare videtur. Posito autem deinde, quod etiam vel ex malitia, vel ex culpa atque imperitia, ipsa jura in pravum sensum detorqueantur: respondeo tamen, hoc vitium hominum esse, non ipsius artis. Ergone veri JCti cum rabulis atque Leguleiis in unam classem referendi erunt? Non opinor.

§. III.

Porro, quamvis statim ab initio adseruerim, conformitatem sententiarum ex illorum numero esse, quæ rarius accidere solent; eo ipso tamen non negavi, quin aliquando ejusmodi conformitas existere possit, alias enim de hippocentauro præsentem disquisitionem instituissem. Imo, testantur fora, Judices, vel Collegia juridica, quorum sententia à Judice expetitur, aliquando in decisione causæ controversæ ita conspirare, ut vel communi consensu reum conventum ab instituta actione absolvant, vel contra eundem ad præstandum id, quod actor in libello suo complexus est, communicato quasi consilio condemnent. De ejusmodi igitur conformitate variisque circa eandem obvenientibus quæstionibus nunc paulo amplior disquisitio instituenda erit.

§. IV.

Dum vero de conformitate sententiarum loquor, plures una sententias in eadem causa publicatas fuisse, necessario supponendum est. Conformitati *duarum* sententiarum in jure communi, quantum

ego

eogo quidem memini, peculiaris effectus non tribuitur, bene tamen interdum in Legibus provincialibus. Ita disponitur in der neu-verfaßten Cammer-Gerichts-Ordnung zu Berlin de Anno 1709. *tit.* 53. §. 6. quod remedia extraordinaria contra sententias in Judicio Camerali Regio publicatas non facile concedi debeant, si duæ conformes sententiæ adsunt, ibi: jedoch sind solche post duas conformes sententias nicht leicht zu verstatten. Posses huc etiam referre locum *ex Ordinat. Proc. Duc. Magdeb. c.* 43. §. 6. Von Beyurtheilen, zumahlen welche der dawider eingewendeten Leuterung unerachtet confirmiret worden (& sic duæ conformes adsunt) soll regulariter keine Appellation statt finden, es würde dann in continenti bescheiniget, daß dadurch ein irreparabile damnum entstünde. De civitate Luccensi, Mediolanensi, aliisque Italiæ locis vid. Scacc. *de appell. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 66. Verum nos in præsenti non de duabus, sed de tribus conformibus sententiis præcipue solliciti sumus.

§. V.

Interim, ut sententiæ conformes dici possint, varia requirunt DD. Sigismundus Scaccia *in tract. de Appellat. d. quæst.* 17. *limit.* 1. *n.* 21. & ante eum Ruginellus *de Appellat.* §. 12. *gloss.* 1. *n.* 9. *vers. hinc Sotin. sen.* ad conformitatem constituendam tria necessaria esse asserunt, scilicet (1) *identitatem rei*; (2) *causæ* & (3) *personarum*: Brunnemannus vero *in Comm. Cod. ad L. un. Ne liceat in una eademque causa tertio provocare. n.* 4. adhuc addit *identitatem qualitatis*. Ast cum identitas *qualitatis* cum identitate *causæ* coincidere videatur: tria priora nostro judicio sufficere poterunt, ad exemplum exceptionis rei judicatæ, quæ similiter locum invenit, quoties eædem personæ, eadem res & eadem petendi causa concurrunt. *l.* 11. §. 1. *seqq. l.* 4. *ff. de except. rei jud.* Et quemadmodum in dicta exceptione rei judicatæ pro iisdem personis habentur antecessor & successor, principalis & procurator, pupillus & tutor. *l.* 11. §. 7. *ff. d. t.* & eadem quoque res adesse censetur, si primo totam petii, deinde vero partem illius peto. *l.* 7. *pr. eod.* ita intuitu conformitatis sententiarum idem applicari poterit. Scilicet, si de tota re antea actum fuit, & v. g. duæ sententiæ à præstatione integræ illius rei adversarium absolvunt, tertia vero reum ad partem quidem præ-

præstandam condemnat, intuitu alterius partis autem eundem iterum absolvit: intuitu hujus partis tres conformes sententiæ aderunt.

§. VI.

De ejusmodi tribus conformibus sententiis Imperator Justinianus Mennæ, Præfecto Prætorio, *in L. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias judicum, quas definitio Præfectorum roboraverit, eas retractare*, sequentem in modum rescribit: *Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non liceat ei tertio in eadem lite super iisdem capitulis provocatione uti, vel sententias excellentissimorum Præfectorum Prætorio retractare: licentia danda litigatoribus, arbitro dato, ipsius audientiam, qui eum dedit, ante litem contestatam invocare: & hujusmodi petitione minime provocationis vim obtinente.*

§. VII.

Verba Legis ultima dubium aliquod removent, quod occasione constitutionis imperatoriæ subnasci potuisset. Casus talis ponitur: Præfectus Prætorio, dum ab aliquo ex partibus litigantibus ad ipsum provocatur, partibus arbitrum concedit, id est, ut puto, Judicem pedaneum, (is enim utplurimum arbiter vocatur in LL. Romanis; vid. Brissonius *de V. S. voc. arbiter*) ut ille de causa appellationis cognosceret. Ille, qui jam duas sententias contra se habet, hunc judicem ante litem contestatam recusat & ad decisum ipsius Præfecti Prætorio provocat. Quæritur: an provocationi locus sit? videbatur, quod non, quoniam hæc jam esset quarta instantia; verum constituit Imperator, provocationi ad Præfectum Prætorio omnino adhuc locum esse, quoniam, ut ego existimo, Præfectus Prætorio & judex ab ipso datus pro una persona reputantur & sic diversæ non adsunt instantiæ, seu, ut Perez *ad d. L. un. n.* 5. & post eum Wildvogel. *in Disp. de trib. sentent. conform. c.* 1. §. 25. loquuntur, quoniam judicis dati recusatio & dantis invocatio, præcipue, quia recusatio ante L. C. facta erat, pro appellatione non reputatur. E contrario autem thesis in *d. L un.* manet, quod si jam tres præcesserunt sententiæ conformes, ulteriori provocationi locus non concedatur.

§. VIII.

Antequam ulterius progrediamur, aliud dubium considerandum est. Scilicet, non videtur ex *cit. L. un. Cod. ne lic. in una ead. caus.* regulam universalem deduci posse, ac si post tres conformes sententias nunquam provocare liceat, sed quod potius in illa lege casus plane specialis contineatur. Et rubrum & nigrum de sententiis à *Præfectis Prætorio* prolatis loquitur. Notum vero est, quod à Præfectis Prætorio appellatio plane non permissa fuerit. Ita enim in *L. un.* §. 1 *ff. de offic. Præfect. Prætor.* Aurelius Arcadus Charisius: *his cunabulis*, inquit, *Præfectorum autoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari à Præfectis Prætorio non possit. Nam cum ante quæsitum fuisset, an liceret à Præfectis Prætorio appellare, & jure liceret, & extarent exempla eorum, qui provocaverant: postea publice sententia principali lecta, appellandi facultas interdicta est, credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide & gravitate ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus*, add. *l.* 19. *C. de appellat.* Ergo exinde inferendum esse videtur, quod *d. L. un. C. ne lic.* de Præfecto Prætorio specialiter loquens ad alios judices extendi non debeat, cum in juribus singularibus interpretationi extensivæ locus non concedatur. Verum hic sequentem in modum respondere solent. Nempe ex *L.* 5. *C. de precib. Imp. offer.* patere, quod quamvis à Præfectis Prætorio appellare non licuerit, pars tamen gravata adversus sententias ab ipsis prolatas beneficio supplicationis uti potuerit, hoc saltem excepto, quod si quis post adhibitum etiam supplicationis remedium adhuc succubuerit, supplicatio supplicationis, aut, si mavis, iterata supplicatio ipsi non fuerit permissa. De memorato supplicationis beneficio adde *Auth. quæ supplicatio, C. de prec. Imp. offer.* sed vero & hoc supplicationis remedium partibus gravatis in sæpe *cit. L. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* in eo casu denegari dicunt, si sententia prima à Præfecto Prætorio prolata duabus aliis præcedentibus conformis existit & sic tres conformes adsunt, atque exinde regulam generalem formarunt, beneficio appellationis nunquam locum dari, postquam altera pars tres conformes sententias pro se obtinuit. Fateor quidem, illationem illam

illam non omni dubio carere; sed vicit hactenus communis opinio DD, qui legem ita interpretantur.

§. IX.

Postquam vero DD. dictam regulam ex *cit. L. un. C. ne liceat in un. ead. caus.* efformarunt: quamplurimæ exinde controversiæ enatæ sunt, de quibus nunc ordine agendum erit. Prima quæstio est; utrum ad conformitatem sententiarum necessario requiratur, *quod illæ successive nulla difformi interveniente prolatæ fuerint*, quemadmodum v. g. ad introducendam consuetudinem requiritur, ut omnes actus sint conformes, & nullus difformis intercesserit? Respondetur, à consuetudine ad hanc materiam non valere consequentiam. Deinde ratio, quare post tres conformes sententias juxta DD. sententiam ulterior provocatio non conceditur, in hoc consistit, quoniam licet in causis controversis Judices & Collegia juridica diversas sæpe opiniones foveant: ea tamen sententia pro vera, aut saltem probabili reputatur, in quam plures consentiunt, perinde ut in quolibet Collegio illud pro voluntate omnium reputatur, quod plurium votis roboratum esse deprehenditur, alias enim litium atque dissensionum nullus unquam finis futurus esset. Ast vero eadem ratio utroque casu applicari poterit, sive tres sententiæ conformes successive, sive alia etiam difformi sententia intercedente prolatæ fuerint. Quamvis enim unus ex Judicibus in difformi illa sententia diversam foverit opinionem, plurium tamen consensus ex tribus reliquis conformibus clare apparet. Pertinet huc locus Bartoli Saxoferratei *in prælect. ad L. un. C. ne lic. in un. ead. caus. n. 4.* ultimo, inquit, quæro, qualiter intelligatur, quod non liceat tertio provocare: scilicet ei, qui in causa appellationis succubuit. Sed posset esse, quod super diversis causis ab iisdem partibus interponerentur quatuor appellationes, v. g. actor in prima obtinuit: reus appellavit & obtinuit in causa appellationis: secundo appellavit actor & iterum obtinuit: tertio appellavit reus & iterum obtinuit: quarto appellavit actor & iterum obtinuit, & tunc reus amplius appellare non potest, quia habet primam sententiam & duas appellationes contra se, ideo non licet à modo provocare. Ita Bartolus, add. Decius *Cons. 385. n. 2.* Covarruv. *pract.*

pract. quæst. c. 25. n. 3. verf. 4. Scaccia *de appellat. qu. 17. limit. 1. n. 20.* qui hisce formalibus utitur: *sententia dicitur conformis cum prima, etiamsi non sit sententia secunda, sed sit tertia, quia licet non sit continuata de prima in secundam, sed sit interpolata, tamen remanet conformitas.*

§. X.

Alia est quæstio: an tres conformes sententiæ adsint, *si duæ priores sententiæ super meritis causæ, tertia vero super exceptione desertæ appellationis ab adversa parte opposita lata fuerit?* Video DD. hic in diversas partes abire. Scaccia *de appell. d. qu. 17. limit. 1. n. 22.* adhuc tres conformes sententias adesse dicit, & cum ipso consentientes Tess. Fossan. *decis. 122. n. 12. vers. quinto dicentur*, nec non Ruginellum *tract. de appellat.* §. 12. *gloss. 1. n. 13.* allegat, ut sic à tali sententia super desertione lata ulteriori provocationi non sit locus. E contrario autem Mevius *part. 1. dec. 18. n. 5.* conformitatem in hoc casu negat, allegans consentientem Covarruv. *pract. quæst. 25. n. 5.* & Cravettam *consil. 182.* Adstipulatur eidem quoque E. Brunnemannus *in Comm. Cod. ad L. un. ne lic. in un. ead. cauf. n. 3.* & nos similiter Mevii sententiam veriorem esse putamus. Scilicet ipse Scaccia, prout supra §. V. ejus verba retulimus, ad conformitatem sententiarum *identitatem rei* requirebat. At vero in casu proposito identitas illa plane deficit. Duæ sententiæ *merita causæ* respiciebant: tertia vero causam ipsam plane non respicit, sed *quæstionem incidentem* de fatalibus appellationis definit. Maxima sane diversitas. Ergo Scacciam Scacciæ opponimus: videat ille, quomodo principia sua cum conclusionibus conciliet.

§. XI.

Adfinis est casus, quando duæ priores sententiæ super meritis causis latæ, *tertia vero remedium aliquod suspensivum, quo per duas priores sententias gravatus uti volebat, tanquam inadmissibile rejicit, vel denegat.* Nam ab hac sententia beneficia juris denegante, quamvis ea tertia sit, ulterius provocare permissum erit. Pertractat hunc casum Mevius *part. 1. decis. 18.* in terminis, ut ajunt, terminantibus, unde ipsius verbis rem exponemus. Quod, inquit, in jure constitutum

tutum est, ut in eadem causa ter provocare non liceat, (1.) sic accipiendum est, si tres sententiæ plane sint conformes. Deinde (2.) si cum causa, super qua pronunciatio facta fuit, plena cognitione processit. (3.) Conformitas sententiæ requirit idem ejus objectum, eandem materiam & qualitatem, quæ (4.) non subest, si duæ priores causam principalem definiunt. Cum autem adversus ultimam petita esset actorum revisio, tertia legitimum remedium rejicit. (5.) Ad denegationis iniquitatem demonstrandam licet provocare, (6.) nec objicere, tertio provocatum esse, cum aliud in quæstionem veniat, nec tertia sententia sit super causa principali, dum negata fuit revisio. (7.) Alia quippe ex ratione id fieri potuit, quam solo intuitu meritorum causæ. (8.) Quæ cum nec satis expensæ fuisse narraret appellans & gravamina non irrelevantia viderentur, eo magis putatum est, addit Mevius, recipi juste appellationem. In causa viduæ Petri Eckoven, contra Petrum von der Becken. Consentit Brunnemannus *ad d. l. un. n. 3.*

§. XII.

De *laudo arbitri* etiam disputant, utrum illud in numero ternario sententiarum conformium sit computandum? Negat simpliciter Mevius *part. 8. dec. 12.* nobis vero distincte procedendum esse videtur. Alii scilicet, prout Franzkius & Lauterbachius *ad tit. ff. de recept. qui arb. recept.* distinguunt, sunt arbitri *juris*, alii vero *compromissarii*. Quod *illos* attinet, eorum laudum ad tres conformes sententias constituendas omnino connumerandum esse censeo, quia revera sunt judices, & ab aliis judicibus in eo solum differunt, quod ipsorum potestas ad certam aliquam causam sit restricta. Illustratur hæc adsertio optime *ex L. 9. ff. qui satisd. cog. Arbitro*, inquit Cajus, *ad fidejussores probandos constituto*, (à Magistratu) *si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur; perinde ab eo atque ab judicibus appellare licet*, ergo ejusmodi arbitri sententia ejusdem naturæ est, quam alias sententia à judice prolata habet. Aliud exemplum de arbitro juris est *in L. 1. §. 6. ff. si cui plus, quam per L. Falcid. licuerit*, qui dari solet *ad ineundam quantitatem bonorum*, quoties quæstio incidit, utrum alicui plus legatum fuerit, quam per Legem Falcidiam licuerit. Quod vero ad *hos*, nempe arbitros compromissarios attinet, Mevii senten-

tiam non improbamus, quam idem duabus hisce præcipue rationibus superstruxit, primo, quod arbitrium revera & proprie non sit judicium nec arbitrorum laudum vera sententia: & deinde, quod exclusio ab appellatione, quam tres conformes sententiæ operantur, strictam merito interpretationem habere debeat, quoniam remediis juris partem gravatam privat. Posses forte & hanc rationem addere, quod arbiter compromissarius rarius, quam arbiter juris, sit persona jurata, & propterea pro ipsius laudo tanta non sit præsumtio, qualis est pro sententia judicis.

§. XIII.

Ab Arbitris ad *Commissarios eorumque sententias* progredimur. Equidem notum est, quod Commissariis potestas decidendi rarius tribui soleat, sed nuda notio ipsis solummodo competat, ita scilicet, ut omnes facti circumstantias investigare & deinde de expeditione negotii commissi ad committentem referre debeant; nihilominus tamen casus etiam dantur, ubi Commissarii & facultate cognoscendi & decidendi polleat, & ubi illa pars, quæ per sententiam se gravatam esse existimat, ad committentem appellat, Gail. *part.* 1. *obs.* 121. *n.* 2. Ruland. *de Commiss. P.* 1. *l.* 5. *c.* 13. *n.* 4. *seqq.* Quæritur jam: an ejusmodi sententia Commissariorum in numero ternario sententiarum computanda? Affirmamus, quoniam tales Commissarii publica Magistratus autoritate (non minus ac arbitri juris *in §. praced.*) constituuntur, unde per consequentiam revera nihil aliud sunt, quam delegati judices. Stryk. *Introduct. ad prax. forens. c.* 2. § 9.

§. XIV.

Progredimur ad alia. Habet quis pro se tres sententias, sed una ex illis est *declaratoria* præcedentis obscuræ, vel dubiæ: quæritur: an ulterior provocatio parti adversæ concedi possit? Tacent hic DD. quos mihi evolvere licuit: interim tamen responsionem non adeo difficilem esse censeo. Quemadmodum enim Lex declarans priorem non est nova Lex, & sic ad præterita etiam negotia pertinet, Gail. *part.* 2. *obs.* 9. *n.* 6. ita quoque declaratoria sententia nihil novi dat, sed illud saltem, quod priori sententiæ inest, manifestat, Mevius *part.* 5. *dec.* 309. *n.* 1. *in not.* & Judex declarando nihil novi pronunciat,

ciat, Gail. *part. 2. obs.* 1. *n.* 6. Dn. Præses *in Disp. de jure declarationis c.* 2. §. 1. *& c.* 3. §. 9. Ergo sententia declarans & sententia declarata non sunt duæ sententiæ, sed una solum. Ergo etiam in casu proposito conformitas trium sententiarum non adest.

§. XV.

Ponamus casum ita: Adsunt tres sententiæ, *sed disceptatur inter partes, utrum conformes sint, necne?* Judex profert sententiam *declaratoriam, tres illas sententias pro conformibus reputandas esse*: altera ex litigantibus partibus se gravatam esse existimat, & propterea ab hac sententia declaratoria provocare vult, quæritur: an possit? Ruginellus *de Appellat.* §. 2 *c.* 3. *n.* 218. putat, provocari posse, sine dubio ex hac ratione, quoniam hic nova quæstio subnata, de qua antea non fuit disceptatum: Scaccia autem *de appellat. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 49. contrarium verum esse asserit, rationem hanc subjungens *limit.* 10. *n.* 6. quod sicut ab executione rei judicatæ appellari nequit, ita neque ab hac sententia declaratoria provocatio sit permissa. Subjungit tamen *d. lim.* 10. *n.* 18. restrictionem, modo ista declaratoria contineat solum illud idem gravamen, quod in prioribus sententiis continebatur, & novum aliquod non adjiciat. Mihi disceptationem hanc ad eas quæstiones, quæ in meris abstractionibus consistunt, sæpe referendam esse videtur. Concipiuntur enim sententiæ in lingua nostra vernacula, & sic ex inspectione atque perlectione facile apparebit, utrum conformitas adsit, vel non. Sed fingamus, unam ex tribus prioribus sententiis ita dubiam esse, ut non appareat, an cum reliquis duabus conveniat; tunc certe nihilominus provocationi ulteriori locus non erit, quia eo ipso, dum sententia declaratoria duabus reliquis claris accedit, tres conformes efficiuntur, sententia enim declaratoria, prout in §. *præced.* monuimus, cum priori illa dubia conjungitur & exinde numerus ternarius enascitur. Ast, inquis, dixisti in eodem §. *præced.* sententiam declaratoriam in numerum ternarium non computari, jam vero illud adseris, & ergo tibi contradicis; imo mihi non contradico. Dixi in §. *præced.* sententiam declaratoriam non computari, quando inter *tres* una alteram declarat, quoniam tunc duæ, declarans atque declaratoria,

ratoria, conjunguntur, & per consequens duæ solum sententiæ remanent: ast in præsenti *quatuor* adsunt sententiæ & inter eas una iterum declaratoria, ubi adhuc tres conformes manent, licet declaratoria illa per se non numeretur, sed cum sententia dubia priori conjungatur. Quod si vero tandem, etiam per impossibile, fingamus, omnes tres sententias, vel etiam duas, ita obscuras & dubias esse, ut nescias, an inter se conveniant, annon: cum Ruginello potius sentirem, quam cum Scaccia, ulteriorem scilicet provocationem admittendam esse, quoniam, si declaratoriam cum duabus, vel tribus obscuris sententiis prioribus conjungis, in effectu duæ saltem, vel unica sententia adest. Neque valeret eo casu, si existere posset, argumentum Scacciæ ab executione rei judicatæ desumtum: quoniam enim continuo intra fatalia legitima provocatum fuit, & quoniam priores sententiæ dubiæ atque obscuræ sunt: rem judicatam adesse nullo modo dici potest.

§. XVI.

Illud vero sine dubio recte sese habet, quod restringendo addebat Scaccia, etiam à tali declaratoria provocari posse, si non contineat solum illud idem gravamen, quod in prioribus sententiis continebatur, sed *novum aliquod gravamen adjiciat*. Ponamus casum: duæ sententiæ condemnant reum ad restitutionem rei ab actore petitæ, v. g. ædium, agri, & similium: tertia restitutionem illam itidem injungit, *sed præterea reum ad refusionem expensarum litis condemnat*. Ponamus alium: duæ sententiæ restitutionem rei petitæ nec non *fructuum perceptorum* injungunt: tertia ad *percipiendorum* restitutionem condemnat. Adhuc alium: duæ sententiæ volunt, ut reus actori *interesse* præstet: tertia vero illud interesse *ulterius extendit*. Quæritur: an sententiæ sint conformes? Negatur. Ergo ulteriori provocationi locus conceditur, quia sententia ratione expensarum prima solum est; vid. Jason. *in l. sancimus.* 13. *n.* 17. *qu.* 5. *C. de judic.* Scaccia *de appell. d qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 35. & 45. Maranta *de ord. judic. act.* 2. *n.* 270. Anton. Perez *ad L. un. Cod. ne lic. in una ead. cauf. n.* 4. Sed hoc, quod diximus, comparate intelligendum est. Scilicet tres illæ sententiæ omnino conformes manent ratione ejus, quod jam per priores duas determinatum erat: difformes vero fiunt intuitu ejus solum, quod in

in tertia ſententia adjiciebatur, ergo & hoc ſolum intuitu ulterior provocatio partibus conceditur, eodem modo, uti & in Saxonia Leuterationis leuteratio admitti ſolet, ſi in Leuteratione novorum gravamen illatum; vid. *Ordin. Proc. Saxon. tit.* 35. §. 1. Weil vermöge Landüblicher Sächſiſcher Rechte.

§. XVII.

Quæritur: an ſententiæ dicantur conformes, ſi omnes quidem condemnant ad eandem rem præſtandam, *ſed tamen una condemnat ſimpliciter, & altera infra certum tempus?* v.g. duæ ſententiæ ſolutionem reopure injungunt, tertia vult, ut intra ſex menſes ſolvat, vel rem debitam præſtet. Alexander *l.* 2. *conſ.* 77. *n.* 2. *&* 3. & Ruginell. *de appellat.* § 12 *gloſſ.* 1, *n.* 23. *verſ. tertio ſententiæ.* difformitatem ſententiarum adeſſe putant. Scaccia *d. qu.* 17. *limit.* 1. *n.* 39. magnam quidem Alexandri autoritatem eſſe eumque pro ſe urgens adducere argumentum dicit; nihilominus tamen ſe non timere addit, ut ſententias illas conformes eſſe adſtruat. Nam, inquit, ſententia, quæ condemnat ſimpliciter, condemnat tam intra ſex menſes quam poſtea, & ſemper, donec ſolvat, & ſic ſi continet omne tempus, continet etiam tempus ſemeſtre, ergo remanebit conformis in tempore ſemeſtri, ſicut dicimus de ſententia, quæ continet majorem ſummam, quia remanebit conformis in minori ſumma. Ita Scaccia. Quid nos? diſtinctè procedendum eſſe putamus. Primo, aut quæſtio eſt de *reo*, aut de *actore.* Si de *reo:* ulterius diſtingue. Si priores ſententiæ ſolutionem pure injunxerunt, tertia vero intra certum tempus: caſus dabilis non eſt, ut reus appellet, quoniam ſententia ejus favorem reſpicit. Quod ſi contra priores ſententiæ ad ſolutionem intra certum tempus præſtandam reum condemnarunt, tertia autem pure: reus omnino appellare poterit juxta mentem Alexandri & tres conformes ſententiæ non adſunt, ſed novum gravamen datur. Imo, non datur, objicit Scaccia. Nam ſententia, quæ condemnat ſimpliciter, condemnat etiam infra certum tempus. Ita quidem rectè, ſed vero è converſo, ſententiæ priores, quæ intra certum tempus ſolum condemnabant, non condemnabant pure & ſimpliciter. Ergo *plus* eſt in ſententia tertia ratione temporis, quam in prioribus

erat, & sic tertia etiam reum magis gravat, quam præcedentes duæ. Quod ad *actorem* attinet, iterum subdistingue. Si priores sententiæ solutionem intra certum tempus reo injunxerunt, tertia vero pure: casus etiam dabilis non est, ut actor appellet, quia sententia illa tertia ipsi magis proficua. Quod si autem in duabus sententiis reus ad solvendum pure, in tertia vero intra certum tempus saltem condemnatus fuit: sententiæ non sunt conformes, sed actori per tertiam illam gravamen infertur. Quemadmodum enim debitor tempore plus solvit: ita creditor tempore *minus* accipit.

§. XIIX.

Lata sunt duæ conformes sententiæ super negotio principali, postea fertur tertia, qua pronunciatur, illas duas fuisse nullas: deinde fertur quarta sententia, quæ revocat tertiam & confirmat duas primas, quæritur, quid juris? Responsionem pete supra *ex* §. *IX.* ubi dictum fuit, ad conformitatem trium sententiarum non præcise requiri, ut successive nulla difformi interveniente prolatæ sint, sed haberi sententias etiam pro conformibus, quamvis per ejusmodi difformem quasi interruptio quædam facta fuerit; vid. Scacc. *de Appellat. d. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 24. Alius est casus, quem idem *loc. cit.* proponit: *A. obtinuit duas sententias canonizatorias sine titulo: cum B. adversarius postea produxisset suum titulum, fuerunt revocatæ dictæ duæ sententiæ: A. deinde produxit suum anteriorem & ideo pro eo tertia sententia lata fuit.* B. ab hac sententia vult provocare, quæritur, an possit? Et recte Rota tenuit, ita dicente Scaccia, illam sententiam non fuisse tertiam, sed primam, & per consequens appellationi locum concedi debere. Casus hic à casu priori plane est diversus, & sic conciliatione illa, quam Scaccia subjungit, an scil. per viam appellationis processum fuerit, annon &c. opus non est. Nam in casu posteriori modo adducto tertia sententia *ex nova causa*, titulo scilicet anteriori nunc demum producto, ferebatur, & sic revera prima saltem erat.

§. XIX.

Quamvis Scacciæ *d. quæst.* 17. *limit.* 1. *num.* 27. in eo adsentiamus, conformitatem sententiarum adesse, *licet una ex tribus in contumaciam lata*

lata fuerit, quoniam contumax legum beneficio indignus est & contumaciam suam sibi ipsi imputare debet; in eo tamen a dicto Autore recedimus, quando tres conformes eas esse pronunciat, *si duæ sententiæ absolutoriæ latæ super negotio principali, una vero absolutoria lata ab observatione judicii.* Ante omnia dispicere debemus, quidnam intelligatur per sententiam absolutoriam latam *ab observatione judicii.* Intelligitur vero per eam nihil aliud, quam absolutio *ab instantia* propter exceptiones *dilatorias* à reo oppositas, v. g. inepti libelli, judicis non competentis, &c. unde pronunciatum: Daß Beklagter sich vor diesem Gericht einzulassen nicht schuldig, vel: daß Beklagter auf die Klage, immassen sie anbracht, sich einzulassen nicht schuldig. Hic clare apparet, absolutionem *ex diversis causis* factam esse & sic conformitatem sententiarum non existere, vid. supra §. V.

§. XX.

Alius casus ita formari posset: Reus Actori opposuit exceptionem solutionis, transactionis, &c. *tanquam exceptionem peremptoriam litis ingressum impedientem*, & judex eum statim absolvit, daß er sich auf die Klage einzulassen nicht schuldig. Impugnat sententiam actor ex eo capite, quod reus exceptionem illam liquido & in continenti non probaverit, sed ea exceptio adhuc dubia sit, obtinetque sententiam reformatoriam: Nunmehro aus den Acten so viel zu befinden, daß Beklagter seines Einwendens ungeacht auf die wider ihn erhobene Klage sich einzulassen, zu antworten und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig, es werden ihm aber seine Exceptiones, so viel deren erheblich, nach beschehener Kriegs-Befestigung zerstöhrlicher Weise einzuwenden, billig vorbehalten, Dn. Præses Einleitung zum Civil-Proceß *cap.* 14. §. 4. Reus litem contestatur & exceptionem solutionis, transactionis, &c. litis contestationi adnectit: probatio & reprobatio suscipitur: deductiones à partibus offeruntur: facta submissione sententia publicatur, quæ reum propter exceptionem oppositam absolvit, eaque sententia per aliam subsequentem confirmatur. Quæritur: an tres conformes sententiæ adsint? Affirmatur quæstio, quia absolutio *ex eadem causa* processit. Imo, dicis, non processit. Prima enim sententia propterea reum absolvebat, quia exceptionem litis ingressum impedientem opposuerat:

secunda vero & tertia, quia exceptionem reus post litis contestationem probaverat. Sed quid inde? manet tamen semper exceptio *peremptoria*, secus ac in casu §. *praeced.* ubi una sententia exceptionem *dilatoriam*; altera vero & tertia *peremptoriam*, respiciebat. Atqui, instas, remanet tamen diversitas *modi*, primo opponebatur exceptio tanquam litis ingressum impediens, deinde vero, ut exceptio ordinaria; respondeo, modum non variare ipsam rem.

§. XXI.

Pergit Scaccia *d. quaest.* 17. *limit.* 1. *num.* 28. tres adesse conformes sententias, *etiamsi secundus Judex dicat, male judicatum à primo Judice, sed tamen ex noviter productis confirmet ejus sententiam*, & tertius judex iterum confirmet hanc secundam. Rationem non adducit Scaccia, unde ad illam quoque respondere non possumus. Interim tamen certum est, quod dum secunda & tertia sententia ex documentis atque probationibus noviter adductis prolata fuit, *nova pronunciandi causa* efficiat, quo minus secunda & tertia sententia primae conformis dici possit. Est quidem conformis quoad ipsam condemnationem, vel absolutionem; non vero quoad condemnationis, vel absolutionis *causam*. Atqui identitas causae ad conformitatem primario requiritur, vid. supra §. V.

§. XXII.

Peculiarem quoque habet observationem Scaccia *d. l. num.* 37. quod sententiae non dicantur conformes, *quando una absolvit à toto, ad quod alia condemnat:* sed fatetur ipse, hoc non habere difficultatem, quia sententiae pugnant è diametro, ergo supersedere potuisset hac observatione. Idem judicium esto de extensione hujus observationis *num.* 38. quod nempe sententiae non dicantur conformes, *etiamsi utraque condemnet, sed tamen una condemnet ad unam rem, & alia ad aliam.* Quae ratio dubitandi? haec scilicet, quia sententia utraque condemnat & sic *in condemnando* omnes sunt conformes. In ratione decidendi distinguit Scaccia inter condemnationem simplicem in ab-

stracto

Digitized by Google

ſtracto ſine ſubſtantia rei, & illam, quæ habet rei ſubſtantiam. Poſterior facit conformitatem ſententiarum, non prior. Ita Scaccia philoſophatur.

§. XXIII.

Quando aliquis ex litigantibus ſe gravatum eſſe exiſtimat à ſententia gravante appellare ſolet. Etſi vero judici inferiori regulariter permiſſum non ſit, ut devolutionem cauſæ ad ſuperiorem impediat; non raro tamen accidit, *ut Judex à quo appellationi deferre recuſet eamque rejiciat. Appellans à rectione denuo appellat. Judex iterum rejicit. Repetitur adhuc appellatio ab iterata rejectione: Judex vero rejectionem ſuam quoque iterat*, vid. Stryk. *ad prax. for. c.* 23. §. 9. Jam apud judicem inferiorem nihil obtinere poterit appellans, ergo judicem ſuperiorem adire debet. Sed quæritur: an poſſit, quoniam *tria decreta rejectitia eaque conformia* ipſi obſtant? Reſpondetur, recurſum ad ſuperiorem appellanti non eſſe præcluſum, ejusmodi enim decreta rejectitia non habent vim ſententiæ prævia plena cauſæ cognitione latæ. Imo, appellationem ſimpliciter denegare non licet judici inferiori, ſed ſi appellationem injuſtam eſſe exiſtimat, in dubio Apoſtolos refutatorios dare & datis illis deciſionem quæſtionis: an appellatio admittenda ſit, vel non? judici ſuperiori committere debet.

§. XXIV.

Cæterum, quæ hactenus de ſententiis conformibus fuſe attulimus: intuitu *definitivarum* nullum dubium habent. Sed quæritur: an ad *interlocutorias* quoque pertineant? Quod jus Romanum attinet, quæſtio inutilis eſt, quoniam eo jure ab interlocutoriis nulla permittitur appellatio, niſi ſint interlocutoriæ mixtæ vim definitivæ habentes, vel irreparabile damnum inferentes, vid. *l.* 2. *ff. de appellat. recip. l.* 7. *C. quor. appellat. recip. ibique* Gothofred. Dn. Præſes *in Uſ. pract. diſt. jurid. ad tit. ff. de re judic. diſt. I. & II.* Jus Canonicum vero & ab interlocutoriis quibuscunque appellationem permittit, vid. *c.* 12. *X. de appellat.* Brunnemann. *Proc. civ. c.* 28. *num.* 2. *ſeqq.* In quibus locis hodie jus civile obtineat, & in quibus jus canonicum, de eo vid. Martini *ad O. P. S. tit.* 10. §. 6. *num.* 189. *ſeqq.* Dn. Præſes in

der Einleitung zum Civil-Proceß. *cap.* 33. §. 4. Quæstio itaque pertinet ad ea loca, ubi jus canonicum sequuntur, v. g. in Saxonia. Et supposita ejusmodi facultate appellandi, DD. eundem effectum conformitati interlocutoriarum tribuunt, qui alias definitivis tribuitur. Maranta *in specul. p.* 6. *act.* 2. *limit.* 1. *n.* 280. Baldus *ad l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. num.* 5. *not.* 3. Scaccia *de appellat. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 4.

§. XXV.

Una ex principalibus quæstionibus adhuc superest. Quæritur: an illud, quod de tribus conformibus sententiis dicitur, ad eum casum solum spectet, quando *tres sententiæ in tribus instantiis prævia bina appellatione latæ*, an vero tunc quoque locum habeat, si illæ sententiæ *in eadem instantia* publicatæ, v. g. si quis post primam sententiam in Saxonia beneficio Leuterationis usus, & tunc porro, ubi prior sententia confirmabatur, querelam nullitatis coram eodem judice instituit, vel restitutionem in integrum petiit, denuo tamen succubuit? Equidem Mevius *P.* 1. *Dec.* 63. *num.* 2. *in not.* fatetur, opinionem illam, quod perinde habeatur, sive tres conformes sententiæ in eadem, sive diversis instantiis prolatæ fuerint, communem esse; nihilominus tamen idem Mevius eam opinionem erroneam esse censet, quod *d. Decis.* 63. demonstrare conatur. Audiamus ipsius rationes. Primo ad ipsa verba *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* provocat, ubi expresse dicitur, *quod tertio provocare non liceat*, quod ipsum duas appellationes jamdum præcessisse innuit, v. g. ut Gothofredus *in not. ad rubr. d. t.* dicit, si appellavi à Duumviro ad Præsidem, à Præside ad Præfectum urbi & ab hoc ad Præfectum Prætorio. *Quod constitutum est*, inquit Mevius, *ut si quis in lite iterum provocaverit, tertio in eadem lite super iisdem capitulis provocatione uti non possit, secundum verba accipiendum est de tertia provocatione, non de tribus conformibus sententiis.* Deinde observantiam Cameræ Imperialis allegat, *sicut*, pergit, *Cameræ Imperialis usus eam constitutionem declaravit, dum post tres conformes sententias appellationem admittit.* Porro hoc argumento utitur, quod sententiæ ejusdem instantiæ, quotquot fuerint, pro una habeantur. *Quandoquidem*, sunt ejus verba, *quæ ab eodem judice in eadem causa duæ, vel tres feruntur sententiæ, uti fieri potest, si judex post*

Digitized by Google

post latam sententiam coram se remedia revisionis, Leuterationis, restitutionis in integrum, deductionis nullitatum, supplicationis & similia litigantibus indulget, pro una habentur, veluti ab eodem judice latæ. Tandem putat, eo ipso omnes fraudes, quæ alias superioribus judiciis fieri possent, præcludi. *Opus est*, concludit, *sic statuere, ad avertendam fraudem, quæ superiori judicio partibusque facile fieri posset, si in inferioris potestate esset, per diversas coram se instantias, seu diversa remedia, excludere appellationes ad superiorem.*

§. XXVI.

Videamus, an & quid rationes illæ Mevianæ in recessu habeant. Quod primam attinet, quæ ex verbis *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* desumta erat, notandum est, apud Romanos intuitu judicum inferiorum ejusmodi remedia non fuisse in usu, qualia apud nos coram eodem judice dantur, v. g. Leuterationis in Saxonia, supplicationis in Ducatu Brunsuicensi, revisionis in Westphalia, Hamburgi, &c. sed ibi statim ad judicem superiorem provocatione opus fuisse. Et quamvis objicere velis, querelam tamen nullitatis etiam coram eodem judice instituendam non prorsus incognitam esse Legibus Romanis; respondeo tamen, neque hoc admisso fieri potuisse, ut quis coram eodem judice tres conformes sententias consequeretur. Non potuit ergo aliorum remediorum præcedentium mentio fieri *in d. l. un.* quam appellationis, simul tamen exinde patet, quod verba illius Legis de bina provocatione loquentia non sint verba dispositiva, sed enunciativa solum, & quod porro argumentum nullo modo valeat: Lex Codicis loquitur de tribus sententiis, quæ prævia bina appellatione latæ sunt, ergo aliæ sententiæ, quæ in eodem judicio publicatæ, pro conformibus reputari nequeunt. Imo ego potius existimarem, JCti esse, ut non tam verba Legis respiciat, quam potius ipsam Legis rationem. Quænam vero est ratio Legis tertiam appellationem prohibentis? Hæc sine dubio, quia ille, contra quem tres sententiæ priores militant, maximam injustitiæ præsumtionem contra se habet, & deinde, ne lites in infinitum extrahantur. Ast vero eadem præsumtio locum invenit, sive tres sententiæ in eadem, sive in diversis instantiis latæ, maxime hodie, ubi post interpositam Leuteratio-

terationem & simile beneficium non idem Judex sententiam concipit, sed Acta plerumque ad Collegia Juridica transmittuntur & ab his sententia expetitur.

§. XXVII.

De observantia & usu Cameræ imperialis deinde quidem Capite sequenti pluribus dicendi locus erit; interim tamen hic illud paucis saltem monemus ab observantia illa in præsenti quæstione nullum argumentum desumi posse. Scilicet, in Camera imperiali appellatio semper admittitur, absque distinctione, utrum tres priores sententiæ in uno eodemque judicio, an vero in diversis instantiis prævia bina appellatione latæ fuerint. Unde corruunt, quæ Mevius habet, *quod Camera Imperialis usus d. l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. ita declaraverit*, ut appellatio à tribus conformibus sententiis tunc *solummodo* sit prohibita in *d. l.* si jam binæ appellationes præcesserint. Imo, si de declaratione Camerali cum Mevio disputare volumus, Camera contrarium juxta modo dicta declaravit.

§. XXVIII.

Sequitur tertium argumentum Mevii. Plures sententiæ, inquit, ab eodem judice post admissam Leuterationem, revisionem, restitutionem in integrum, deductionem nullitatis, supplicationis & alia similia remedia prolatæ, *habentur pro una* & ergo conformitatem sententiarum constituere nequeunt. Verum, cum hoc argumentum illud petat, quod in principio est, nuda contradictio loco ulterioris responsionis atque refutationis sufficere poterit.

§. XXIX.

Ultimum quoque argumentum nullius valoris est. Si tres sententiæ in eodem judicio publicatæ effectum trium conformium haberent, sequerentur exinde juxta Mevii opinionem diversæ fraudes, & possent judices inferiores admittendo coram se diversa remedia eo ipso appellationes ad superiorem excludere. Fraudaretur itaque Judex superior & fraudarentur etiam partes. Sed ego quidem nullas fraudes hic deprehendere possum. Primo, casus ille de tribus sententiis conformibus

mibus in eodem judicio publicatis ad casus rariores pertinet & sic etiam fraudes, si quæ exinde provenirent, rariores essent. Sed quænam fraus? quando in eodem judicio duo remedia suspensiva successive adhibentur, hoc sine dubio ex legis permissione profluit: at vero, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, nec fraudem adversus alterum adhibet. Quod dicit, *partibus* quoque fraudem fieri: illud vix intelligo. Aut loquitur de ea parte, quæ per tres conformes sententias obtinuit, aut quæ per illas condemnata fuit. Pars, quæ obtinuit, de nulla fraude, credo, querelas movebit. Imo, dicet, movebit eas altera pars, quæ victa est. Sed inquam ego, contra quem movere poterit? contra judicem? atqui ille nihil aliud fecit, quam quod parti victæ petenti bina remedia concessit. Hic nulla adest fraus. An contra partem adversam? hæc nihil admisit, quam quod partis victæ gravamina ex principiis juris & actis post singula remedia suspensiva ab altero adhibita refellere intenderit. Hic iterum nullam deprehendo fraudem. Ubi ergo deprehendemus fraudem? certe ipsa pars victa in culpa est, quod bina remedia coram eodem judice adhibuerit. Si ergo fraudata est; se ipsam fraudavit. Sententiæ hactenus à nobis defensæ accedit Berlich. *p. 2. Decis. 198. n. 4.*

§. XXX.

Habuimus supra §. XV. casum, *si tres adsunt sententiæ & quarta, declaratoria scilicet, jam accessit*: nunc caput præsens claudat casus adfinis, *si adhuc disceptatur de conformitate sententiarum & sententia declaratoria nunc demum ferenda est*, quæritur enim: *utrum in dubio judex pro conformitate, an vero contra illam pronunciare debeat?* Equidem d. §. XV. monuimus, raro accidere posse, ut omnes sententiæ ita obscuræ sint, ut de conformitate non appareat; interim tamen quemadmodum ibi existentiam casus saltem per fictionem supposuimus: ita hic eundem adhuc supponere liceat. Videri autem poterat, quantum ad ipsam quæstionem propositam attinet, sententias in dubio pro conformibus habendas non esse, quoniam in re dubia benigniorem interpretationem sequimur, *l. 192. §. 1. ff. de R. J.* & ad exclusionem appellationis, tanquam rei favorabilis, non facile deveniendum est, vid. Wildvogel *Disp. de trib. conform. sentent. c. 2. §. 9.* Ve-

rum nobis distincte procedendum esse videtur. Scilicet sententiæ, de quibus disceptatur, militant vel *pro actore*, vel pro *reo*. Sin *prius*, & reus ulterius provocare vult, concedimus, in dubio sententias pro non-conformibus habendas esse, ex ea ratione, quoniam in dubio semper pro reo pronunciandum, ex quo simul fluit, quod in *posteriori* casu, quando tres sententiæ pro reo militant & actor ulterius provocare nititur, pro conformitate pronunciari debeat. Alias vero & hac distinctione neglecta rationes dubitandi ante adductæ, quod nempe contra conformitatem semper pronunciandum sit, non adeo firmæ esse videntur. Scilicet, quæstio præjudicialis semper manet, quænam interpretatio pro benigniori habenda sit, an illa, quæ contra conformitatem, an vero ea, quæ pro tali conformitate. Deinde exclusio appellationis non semper est odiosa, nec semper favorabilis, ut adeo ex brocardico de favorabilibus & odiosis parum solatii in materia interpretationis proveniat, de quo pluribus egit Thomasius *in Instit. jurisprud. divin. l.* 2. *c.* 12. §. 162. *seqq.* Cæterum, quod conformitas sententiarum non tam ex *verbis*, quam potius ex *mente & effectu earum* dijudicanda sit, de eo vid. Mev. *P.* 7. *Dec.* 309.

CAPUT II.

De Usu hujus doctrinæ & effectu trium conformium sententiarum.

SUMMARIA.

1. *Connexio cum Capite præcedente.*
2. *Jure Romano post tres conformes sententias non licuit appellare.*
3. *De praxi Cameræ Imperialis.*
4. *Et judicii Aulici.*
5. *An in judicio Aulico post tres conformes sententias supplicationi locus detur?*
6. *Et in Camera Imperiali revisionis beneficio?*
7. *De praxi Tribunalis Wismariensis.*

8. *In*

8. *In illo Tribunali post tres conformes nec revisioni, nec restitutioni in integrum, nec querelæ nullitatis locus datur.*
9. *De praxi Galliæ & Belgii.*
10. *De praxi Tribunalis summi, quod Coloniæ ad Spredam est.*
11. *De Saxonia Electorali.*
12. *De Ducatu Magdeburgico.*
13. *De Curia Monasteriensi.*
14. *De Silesia.*
15. *De praxi aliarum provinciarum generatim.*
16. *An, si quis non potest tertio appellare, nihilominus alterius appellationi adhærere possit?*
17. *An post tres conformes sententias querelæ nullitatis locus sit?*
18. *An exceptio incompetentis judicis contra tres conformes opponi queat?*
19. *De perversa quorundam cautela, quod post adhibitum remedium nullitatis lis in infinitum protrahi possit.*
20. *Quæ examinatur.*
21. *An beneficio restitutionis in integrum post tres conformes sententias locus sit?*
22. *An restitutio in integrum petita executionem trium conformium sententiarum impediat?*
23. *De quæstione: an Princeps per speciale Rescriptum post tres conformes sententias ulteriorem provocationem concedere possit?*
24. *Si in appellantem post tres conformes sententias pœna statuta est, & aliquis nihilominus appellat, an ille ad pœnam condemnari possit? Negat Marcus.*
25. *Qui refutatur.*
26. *Quid si qualibet ex partibus litigantibus tres conformes sententias pro se habeat?*
27. *An post tres conformes tertius interveniens appellare possit?*
28. *An in criminalibus post tres conformes ulterior defensio concedatur?*
29. *Condemnari in expensas potest, qui tres conformes sententias contra se habet, licet alias una sententia pro ipso militet.*

§. I.

VIdimus, quænam sententiæ conformes dicantur, quæ non: proximum nunc est, ut de effectu ejusmodi sententiarum & simul de

 usu

usu hujus doctrinæ dispiciamus. Parum enim est, omnes definitiones atque divisiones nosse: omnes controversias non solum in utramque partem ventilare, sed etiam decidere posse; si non ejusmodi definitiones, divisiones & controversiæ utilitatem aliquam in vita humana præstent. Jurisprudentia quidem theoriam aliquam supponit: at vero omnis theoria ita comparata esse debet, ut practicæ applicationi inserviat, alias enim non est genuina theoria, sed inutilis & vana speculatio, quæ suis amatoribus relinqui debet.

§. II.

Quod *jure Romano* post tres conformes sententias appellatio non fuerit permissa: de eo jam capite præcedenti §. VI. diximus & simul verba integra *l. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare, &c.* adduximus. Quæritur nunc, an illa dispositio Legis Romanæ adhuc hodie apud nos obtineat? Non possumus hanc quæstionem simpliciter affirmare, neque etiam simpliciter negare; sed quoniam diversa in Provinciis Germaniæ sunt judicia, & præter illa quoque summa imperii tribunalia: hinc diversimode etiam respondendum erit. Initium à tribunalibus imperii faciemus, pedem deinde ad reliqua judicia promoturi.

§. III.

De *Camera Imperiali* testatur Gail. 1. *Obs.* 27. *n.* 3. quod ibi jura, quæ disponunt, tertio non licere provocare, locum non inveniant, sed quod etiam tertiæ & quartæ, si ita se offerat occasio, appellationes recipiantur. Paria habet Mynsing *Cent.* 1. *Obs.* 15. exceptio, inquit, trium conformium sententiarum objecta contra appellationem in Camera Imperiali non attenditur, sed appellatio nihilominus recipitur, contra *l. un. C. ne lic. in una ead. caus. & clement.* 1. *& ibi gloss. fin. de sent. & re judic.* & ita olim in causa Abeli contra Matthiam Molen ann. 1537. & suo tempore in causa Henrici de Alcan contra Petrum Tenarx d. 16. Jun. A. 1550. judicatum fuisse refert. Si de ratione quæris, quare *d. l. un.* in Camera non attendatur? Cameralis juris DD. hanc suppeditant, quod amplianda sit jurisdictio imperii & quia alias quisque Ducum & Principum in præjudicium imperii in suo territorio plures instantias constituere & ita jurisdictionem summi Tribunalis elu-

eludere posset, quod illi DD. neutiquam permittendum esse existimant, vid. Gailius & Mynsingerus *loc. cit.* add. Perez. *ad d. l. un. C. ne lic. in una ead. caus.* Textor *in Disp. Acad. ad Rec. Imp. de A.* 1654. *Disp.* 11. *th.* 142. Bender. *de revis. concl.* 29. *n.* 30. *seq.*

§. IV.

Quod *Judicium Aulicum Imperatoris* attinet: illud sine dubio non minus, quam Camera Imperialis, pro amplianda jurisdictione sua laborat, & sic ibi eodem modo, ut in Camera Imperiali, tertiæ & quartæ appellationes recipiuntur. Quod tam in Camera, quam in Judicio Imperatoris Aulico, non tantum tertia, sed etiam quarta appellatio recipiatur, hoc fit eo fine, ne Status Imperii plures constituendo instantias hoc ipso jurisdictionem Imperatoris, quæ postrema & summa esse debet, evertere possint, sunt verba Dn. ab Andlern *in Jurispr. publ. & privat. l.* 2. *tit.* 20. *num.* 4. quæ referimus, non autem, uti nec aliorum ratiocinia, per omnia approbamus.

§. V.

Ita observatur in judicio Aulico intuitu causarum, *quæ per modum appellationis ad illud primo deferuntur.* Alia ratio est, si causa aliqua ad dictum judicium jam delata *& priores sententiæ ibi confirmatæ fuerunt.* Quamvis enim alias contra sententias in judicio Aulico latas parti gravatæ beneficium *revisionis*, vel potius *supplicationis* competat; anno 1676. tamen d. 7. Julii revisionem contra tres conformes sententias petitam, quarum sententiarum ultima duarum antecedentium confirmatoria lata erat in judicio Aulico, denegatam fuisse refert Dn. ab Andlern *d. l.* 2. *tit.* 20. *num.* 4. Lubet apponere verba citati illustris scriptoris. Et quidni, inquit, rite recteque à tali sententia denegaretur revisio? cum in *Recess. Imp. de A.* 1654. §. in Fällen. 125. clare reperiatur dispositum, quod ubi appellatio de jure communi locum non invenit, ibi quoque revisio non admittatur. Jam vero, addit, in *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* sancitum est evidentibus verbis, quod post tres conformes appellari non possit, nec post duas sententias judicum, quas definitio Præfectorum roboraverit. Qui casus, concludit, ipsissimus est, qui hic tractatur, ubi scilicet duas

sententias ab inferioribus latas judicibus Dicasterium Imperatores Aulicum confirmaverit, itaque ab iis quarta provocatio, sive revisio non datur.

§. VI.

Sed quæritur: an judicio Camerali Imperii, post tres conformes sententias, quarum ultima in ipsa Camera lata, *beneficio Revisionis* locus sit? Miror, Johannem Ludovicum Benderum in integro tractatu, quem *de Revisione actorum & sententiarum in augustissimo imperialis Cameræ judicio pronunciatarum* conscripsit, hanc quæstionem specialiter non tetigisse: quamvis enim *conclus.* 10. *n.* 5. & 33. de dispositione *d. l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* nonnulla adducat; ea tamen huc non pertinent, sed aliam quæstionem de appellatione à sententia interlocutoria respiciunt, & incidenter solum adferuntur. Alii scriptores, quos mihi evolvere licuit, hanc quæstionem similiter sicco pede prætereunt, ut adeo de praxi Cameræ testes non habeamus. *Interim*, si juxta principia juris disputamus, omnes in eo conveniunt, quod juxta *cit. R. I. de A.* 1654. §. 125. revisio in illis casibus locum non inveniat, in quibus appellatio de jure communi, per quod Romanum intelligunt, non conceditur, vid. Jacobus Blumius *de Processs. Camer. tit.* 79. §. 9. Textor *ad Rec. Imp. de A.* 1654. *Disp.* 13. *th.* 16. Atqui appellatio post tres conformes sententias de jure communi Romano juxta *d. l. un. C.* locum non habet; ergo nec revisionem peti posse videtur, quæ sententia ex prax judicii Aulici, de qua in §. *præc.* confirmatur.

§. VII.

Quod *Tribunal Wismariense* attinet, quamvis ejusdem Ordinationem *d. A.* 1657. semel iterumque perlustraverim; nihil tamen in specie de hac materia invenire potui, sed *part.* 2. *tit.* 1. §. 7. ita generaliter disponitur: Betreffend die Appellationen, lassen wir es gleichergestalt bey dem, so in den gemeinen Rechten und Reichs-Constitutionen derentwegen begriffen und üblich ist, bewenden, und wollen, daß unsre zum Gericht-Verordnete in puncto devolutionis auf dieselbe ihr Absehen haben, und solchemnach erkennen, ob und wie weit die Sache an unser Appellations-Gericht erwachsen sey. Equidem, si cum *cit.* §. 7. conjungimus

jungimus §. 1. *d. tit.* 1. dicendum esse videtur, quod in Tribunali illo, perinde, ut in Camera Imperiali, etiam tertiæ & quartæ appellationes recipiantur, ita enim ibi: als wollen wir auch/ daß hinführo unser Præsident, Vice-Præsident und Assessores alle dieselbe Sachen, welche vorhin an die im Römischen Reiche befindliche höchste Gerichte entweder quoad primam instantiam anhängig gemacht, oder per appellationem dahin devolvirt werden können, wann sie vor ihnen gebracht, annehmen, darüber Proceß erkennen, und ferner richten sollen; interim tamen de praxi Tribunalis hac parte adhuc dubitatio adest ex decisionibus Mevii. Scilicet, dum Mevius *P.* 1. *Dec.* 63. distinguit inter tres conformes sententias *in eodem judicio*, & *prævia bina appellatione prolatas* & porro eas, quæ prioris generis sunt, appellationem non impedire dicit in Tribunali Wismariensi: exinde consequi videtur, quod tertiæ appellationi locus non sit, si sententiæ sunt posterioris generis, nescio enim, quare Mevius alias ita distinguere opus habuisset. Non obstat, quod supra *c. I.* §. *XXVI. seqq.* adlatam Mevii distinctionem fuse rejecerimus; hoc enim eo fine factum, ne quis ex adserto Mevii generalem forsan regulam exsculperet: cæterum, si praxis Tribunalis eam distinctionem, ut Mevius testatur, ita recepit, eam nos intuitu dicti Tribunalis non impugnabimus. Nam & interpretatio usualis servanda, & si aliquot actus eam approbantes accedunt, illi instar consuetudinis standum. Confirmant nos in sententia nostra adhuc ea, quæ idem Mevius *P.*6. *Dec.*114. habet. Cum, inquit de appellationis devolutione quærebatur existentibus tribus confirmibus sententiis, existimatum est, has devolutionem non impedire istam, tum, *quia ob rejectam plane rei exceptionem, quæ sufficiebat ad elisionem intentionis actoris, injustæ erant notoriæ*, tum, *quod altera earum sine legitima causæ cognitione lata ita aperte nulla*, adeoque non aliter, ac si non lata fuisset, non attendenda erat. Hic tertia appellatio (nam de ea juxta antecedentia sermo necessario est) ideo admissa fuit, quia una ex præcedentibus sententiis, vel utraque, *nullitate evidenti laborabat*: ergo exinde inferendum esse videtur, Tribunal non fuisse admissurum appellationem tertiam nullitate hac deficiente. Hæc est nostra opinio. Ulterius in negotio, quod ab observantia & praxi certi alicujus judicii dependet, nihil definire possumus, eo minus, cum etiam Joachimus Christianus Cochius, Tribuna-

bunalis Wismariensis Adsessor, *in praxi fori Germanici* nihil specialiter de hac quæstione adducat.

§. VIII.

Illud interim certum est, quod licet alias gravatis *in Ordin. Tribun. Wismar. part.* 3. *tit.* 5. §. 1. tria remedia, deductio scilicet nullitatis, imploratio pro restitutione in integrum & petitio revisionis actorum elective & alternative concedantur; in eo tamen casu, si tres conformes sententiæ adsunt *& ex iis ultima in ipso Tribunali Wismariensi lata est*, neutri ex hisce remediis locus concedatur, de quo luculentum testimonium perhibet Mevius *P.* 7. *Dec.* 308. atque adeo hoc casu praxis illius Tribunalis cum praxi judicii imperialis Aulici, &, prout existimamus, cum Cameræ Imperialis praxi convenit, vid. *supra* §. *V. &* §. *VI. h. cap.*

§. IX.

In *Gallia* etiam tertias & quartas appellationes locum habere, neque contra eas exceptionem trium conformium sententiarum admitti, testatur Perez. *ad l. un. C. ne in una ead. caus. n.* 4. E contrario autem in *Belgio* (ibi: *in hisce vero locis*, fuit vero Antecessor Lovaniensis,) constitutionem *d. l. un.* observari & sic ibi tertio provocari non posse, addit. Verum, cum praxis Gallica & Belgica ad nos circa praxin judiciorum Germaniæ occupatos non spectet: hinc plura de eadem hic monere supersedemus.

§. X.

In *Tribunali summo*, quod potentissimus Borussiæ Rex *Berolini* instituit, dispositio *l. un. C. ne lic. in una ead. caus.* recepta est & sic post tres conformes sententias ad illud provocare regulariter non permittitur. Ita enim in dem gemeinen Bescheide *de A.* 1708. §. 1. und zwar erstlich soll bey der Verordnung des gemeinen beschriebenen Rechts, daß nemlich post tres conformes sententias nicht weiter provociret werden könne, es allerdings gelassen werden, damit die Processe nicht unsterblich gemacht, und die Königliche Unterthanen dadurch nicht zu sehr fatigirt,

Digitized by Google

girt, sondern ein jeder, so bald möglich, zu seinem Recht verholffen werde; es können und sollen aber die drey ergangene Urtheile anderer Gestalt pro conformibus nicht gehalten werden, als wann dieselbe cum plena causæ cognitione ausgesprochen und in allen Stücken gleichlautend seyn. Dicitur hic generaliter de tribus conformibus sententiis, neque distinguitur, an jam una, vel bina appellatio præcesserit, an vero tres illæ conformes in eodem judicio latæ fuerint. Ratio enim adducta, ne subditi nimium defatigentur, sed quilibet, quamprimum possibile, jure suo perfrui possit, utroque casu procedit.

§. XI.

In *Saxonia Electorali* e contrario *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* non est in usu. Fuse hanc materiam pertractat Matthias Berlichius *in Decision. aur. part.* 2. *Decis.* 198. *tot.* ubi *num.* 8. hanc rationem suppeditat, quod alias perfacile fieri posset, ut in ejusmodi causis coram judicibus oppidanis, vel paganis tractatis, & postea ad judicia curialia (Lipsiense & Wittebergense) delatis, si semel saltem Leuteratio fuisset adhibita, fraus fieret supremo appellationum judicio Dresdensi & judicia curialia in illis causis contra intentionem Electorum beneficium de non appellando acquirerent, quod dici non potest, &c. Accedit testimonium Carpzovii *l.* 3. *Resp.* 1. *n.* 12. quem patrem juris Saxonici appellat Wildvogel *Disp. de trib. conform. sentent. c.* 3. §. 5, ita vero Carpzovius *num.* 12. *dicimus ergo*, inquit, *quod res est, observantia fori Saxonici dispositionem l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. esse abrogatam*, (sive potius non receptam) *sive in Leuterationis, sive appellationis instantia tres, aut plures latæ fuerint sententiæ*, & porro *num.* 18. addit: quod in causa Georg Friedrich von Watzdorffs Erben contra die von Watzdorff an. 1623. appellatio recepta fuerit, licet appellantes sex conformes sententias contra se habuerint, conf. Idem *in Process. tit.* 17. *art.* 1. *n.* 26. Schwendendœrff. *ad Fibig. p.* 844. *reg.* 2. De Saxonica *Ducali* infra dicemus §. *XV*.

§. XII.

In *Ducatu Magdeburgico* quidem beneficio Revisionis locus non est, postquam sententiæ priores in appellationis instantia à Regimine Regio confirmatæ & sic tres conformes sententiæ adsunt, per textum in *Ordin. Process. emendat. c.* 43. §. 7. Wenn aber in der Appel-

lation Instantz die vorige Urtheile, oder Abschiedt confirmiret, und also tres conformes sententiæ in der Sache vorhanden, auf den Fall soll die Revisio nicht statt haben; interim tamen hoc ad alia remedia juris, v. g. Leuterationem & appellationem ad illustrissimum Regimen directam extendi nequit. Ita cum in causa Friedrich Christoph Hedemanns contra Curatorem Haferscher bonorum post interpositam ab illo Leuterationem hic eidem exceptionem inadmissibilitatis ex adducto textu ordinationis Processualis opposuisset: Facultas juridica Lipsiensis in rationibus decidendi sententiæ ad requisitionem Regii Regiminis conceptæ & A. 1709. d. 3. Julii publicatæ hocce fundamentum adduxit: Ob wohl Kläger die eingewandte Leuterung vor unzuläßig geachtet, weil nicht allein tres, sondern quatuor conformes in dieser Sache anzutreffen; Dennoch aber und dieweil die neuerklärte und verbesserte Magdeburgische Proceß-Ordnung. c. 34. §. 7. nicht von der Leuterung sondern Revision handelt rc. & sic Leuterationem adhuc admissibilem esse pronunciavit, de quo alias etiam dubium superesse non existimo.

§. XIII.

In *Curia Monasteriensi* dispositionem sæpe *cit. l. un. C. ne lic. in una ead. caus.* vigere, ex traditis Martini *ad O. P. S. tit.* 10. §. *6. num.* 236. colligi posse videtur. Postquam enim citatus Autor *n.* 235. dixerat, in Camera Imperiali etiam tertiam & ulteriores appellationes admitti: mox *d. n.* 236. subjungit, *contrarium constitutum esse in Ordinatione Curiæ Monasteriensis p. 2. tit.* 46. §. Und damit man wissen könne *vers. item* wo einer *tres conformes sententias* erhalten. Colligit idem exinde Wildvogel *in Disp. de trib. conform. sentent. c.* 3. §. 5. ipsam vero ordinationem Curiæ Monasteriensis nobis inspicere non licuit.

§. XIV.

De *Silesia* ex *Codice Ferdinandeo-Leopoldino* Johannis Jacobi de Weingarten refert idem Wildvogel *loc. alleg.* quod Ferdinandus II. Imperator *A.* 1629. *d.* 2. *Junii L. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare &c.* per peculiare aliquod Rescriptum confirmaverit atque sic tertiam appellationem post duas conformes sententias Imperatoris nomine à Tribunali Pragensi appellatorio latas prohibuerit. Ipsum Rescriptum, quod in allegato Codice extare dicit Wildvogel,

Digitized by Google

vogel, inspiciendi copia iterum non fuit, unde etiam ipsa ejusdem verba hic adscribere non potuimus.

§. XV.

Quid vero tandem de aliis judiciis dicendum, ubi de tribus conformibus sententiis in neutram partem aliquid expresse disponitur? puto, ad quæstionem illam ita respondendum esse. Jus Romanum intuitu Germaniæ non est jus ordinarium, sed solum subsidiarium, id est, tale, ad quod moribus Germaniæ deficientibus demum recurrimus & exinde decisionem petimus. Ergo, si mores contrarii adsunt, juris Romani nulla est autoritas, licet lex aliqua expressa, sive scripta, in Germania deficiat. Vidimus autem hactenus, nec in Camera imperiali, nec in judicio imperiali Aulico dispositionem *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* attendi, sed ibi tertiam quoque & ulteriores appellationes admitti, vid. supra §. *III & IV. h. cap.* Cum itaque judicia inferiora stylum & processum Cameræ communiter sequi soleant: hinc nullum dubium est, quin in dubio in qualibet provincia pro admissione etiam tertiæ & ulterioris appellationis, vel alterius beneficii juris, pronunciandum sit, quemadmodum quoque hactenus vidimus, non solum in Saxonia, sed & in pluribus aliis provinciis ejusmodi appellationes indistincte admitti, pariter ut Leuterationem in Saxonia, similiaque alibi remedia. In *Saxonia* quoque *Ducali* idem obtinere puto, quod supra §. *XI.* de Saxonia Electorali adserui. Nam in *Ordinat. Curiæ Provinc. Jenens. c.* 35. §. 1. dicitur: Wie die Appellationes an das Hoff-Gericht von den Unter-Gerichten zugelassen: also soll auch niemanden verbothen, noch benommen seyn, wann am Hoffgericht sententiæ definitivæ, oder so vim definitivarum auf sich tragen, publiciret, oder die Partheyen sonsten beschweret werden, daß sich dieselbe an die Landes-Fürstliche hohe Obrigkeit innerhalb zehen Tagen beruffen, und Apostolos reverentiales und dimissorios bitten mögen &c. nulla hic restrictio additur, sed indistincte appellandi facultas conceditur. Ita quoque in *Ordinat. Process. Isenacens. tit.* 21. §. 12. aliæ quidem causæ recensentur, in quibus appellationi locus non est; verum de tribus conformibus sententiis nihil additur, nec de illis aliquid habetur in *Ordin jud. aul. Pomer. tit.* 32.

§. XVI.

Interim tamen, cum juxta illa, quæ recensuimus, adhuc in

 aliqui-

aliquibus judiciis dispositio *l. un. C. ne lic. in un. ead. caus.* attendatur & post tres conformes sententias appellationi amplius locus non detur; hinc de quæstionibus, quas DD. de effectu trium conformium sententiarum movere solent, paucis agere non inutile erit. Scaccia *de appellat. quæst. 17. limit. 1. n. 50.* primo hanc quæstionem movet: an si quis tertia vice non potest appellare, *ille nihilominus possit adhærere appellationi adversarii*, eaque uti, ac si ipsemet potuisset appellare? Affirmat eam quæstionem Scaccia, & prout solet, eandem extendit, (1.) ut habeat locum, etiamsi statutum prohiberet, ut in eadem causa non liceret appellare, nisi semel, (2.) ut habeat locum etiam in eo, cui prohibita est appellatio, eo quia non detulit appellationi sui adversarii, hoc est, innovavit & spoliavit pendente appellatione adversarii. Restringit vero idem *n. 54.* assertionem, ut non sit vera appellatione, quæ est interposita in parte *& partibus nocivis ipsi appellanti, quia tunc appellatus non potest illi adhærere in partibus facientibus ad favorem appellantis & contra ipsum appellatum, quia ab illis non est appellatum.* Quid sibi vult Scaccia? affirmavit quæstionem propositam, & jam talem restrictionem addit, quæ integram ipsius affirmativam iterum destruit. Dicit: appellatum post tres conformes sententias non posse adhærere adversæ partis appellationi *in partibus ad favorem appellantis facientibus.* Atqui hæ partes ad favorem appellantis facientes in tribus illis conformibus fundamentum suum habent. Ergo appellatus, si tres conformes contra se habet, & adversarius forsan ab alio capitulo sententiæ appellat, intuitu eorum capitulorum, quæ per tres conformes sententias decisæ sunt, nunquam adhærere poterit appellationi partis adversæ, quia hæc capitula ita decisa ad favorem appellantis semper pertinent. Et sane ita est: non datur meo judicio locus adhæsioni, eum in finem, ut tres conformes sententiæ iterum rescindantur. Non obstat, quod tamen appellatio beneficium commune sit utriusque partis; respondeo enim, esse commune beneficium in illis, quæ ulteriorem provocationem admittunt. Ubicunque vero post tres sententias directo appellare prohibitum est: ibi adhæsio appellationis in fraudem Legis admitti non debet.

§. XVII.

Alia est quæstio: annon denegata appellatione post tres conformes

Digitized by Google

formes sententias *querela nullitatis* pars gravata uti possit? Video plerosque DD. circa affirmativam consentire, *modo nullitas ex Actis constet, aut statim possit probari*, Scaccia *d. q.* 17. *lim.* 1 *n.* 62. Fr. Vivius *Decis.* 304. *num.* 6. Oldrad. *Cons.* 106. Mevius *consil.* 50. *num.* 91. *seq.* Concordat der gemeine Bescheid des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts zu Cölln an der Spree *de A.* 1708. *d.* 7. *Maji* §. 1. dafern aber die drey Sententien manifeste injustæ, oder eine derselben nulla ist, solches auch der Appellant in continenti anzeigen und bescheinigen könte, soll die Appellation angenommen werden, conf. Mev. *P.* 6. *Dec.* 114. Debet vero nullitas, quæ tribus conformibus sententiis objicitur, *insanabilis* esse, v. g. si defectus in personis principalibus judicium constituentibus deprehenditur, si causæ cognitio sententiam non præcessit, &c. vid. Mev. *d. l.* aliud ergo in sanabili, de qua vid. Præses in der Einleitung zum Civil-Proceß *cap.* 32. §. 3. Cæterum in hac materia eam probationem *in continenti* fieri dicunt, quæ expeditur intra certum terminum ex arbitrio judicis præfinitum, vid. Mynsing. *Cent.* 6. *obs.* 4. *num.* 5. Quod si in continenti probatio fieri non possit, executio trium conformium sententiarum quidem decernitur, facta autem condemnatione reus, si vult, querelam nullitatis adhuc instituere potest, idem *d. obs. n.* 3. *&* 4. Ergo quando in *clem.* 1. *de sent. & re jud.* dicitur: *ut calumniis litigantium occurratur, is, qui in beneficiali, vel alia quavis causa tres contra se in petitorio, vel possessorio, sententias reportavit, ad agendum de nullitate ipsarum, vel alicujus ex eis nullatenus admittatur, donec hujusmodi sententiæ plenarie fuerint executioni mandatæ, &c.* textum huncce DD. ad eum casum restringunt, quando nullitas in continenti probari nequit, vid. Mynsing. *loc. cit.*

§. XVIII.

Ex ante dictis simul facile responderi potest ad quæstionem: *an exceptio incompetentis judicis contra tres conformes sententias allegari queat?* Scilicet, si sententiæ illæ à Judice incompetente latæ, cujus jurisdictionem, quod supponimus, nec expresse, nec tacite, sive ipso facto agnoviter alter: nullitas insanabilis adest, quam contra tres conformes sententias opponi posse, in §. *praec.* ostendimus. Speciale quid autem circa hanc exceptionem occurrere dicunt DD. quod nempe illa indistincte ad impediendam executionem trium conformium sententiarum opponi queat, licet in continenti non probetur,

sed altioris indaginis sit, vid. quos citat Mynsingerus *d. cent.* 6. *obs.* 4. *n.* 7. ubi subjungit; *quod nota tanquam singulare*, DD. hoc notabile ex glossa *ad cit. clem.* 1. *de sent. & re jud.* hausisse videntur: alias ego eodem modo, ut in §. *praec.* distinguendum esse putarem, utrum hæc exceptio in continenti probari possit, an minus.

§. XIX.

Sed annon, si contra tres conformes sententias querelam nullitatis parti gravatæ indulgemus, eo ipso occasionem suppeditamus malevolis hominibus, ut lites in infinitum protelare queant? Ubertum de Bobio & Johannem de Deo Advocatis suasisse dicunt; ut dicto remedio adhibito clienti suo consulant, (præcipue, si dives est cliens & expensas litis non curat) ne adversarius ullo tempore scopum suum assequi possit, vid. Speculator, sive Guilielmus Durandus *in speculo juris l.* 2. *part.* 1. *tit. de except. & replic.* §. *viso n.*50. & qui Durandum fideliter exscripsit, Scaccia *d. qu. limit.* 1. *num.* 55. Audiamus improbam cautelam: Tu fuisti condemnatus per tres conformes sententias, ideoque non vales ulterius appellare: tu dicis, ultimam sententiam, vel primam, vel secundam esse nullam: judex aditus super nullitate pronunciat, esse validam: tu appellas, & secundus judex similiter pronunciat, esse validam: tu appellas, & tertius judex pronunciat similiter, esse validam, & sic tu non potes ulterius appellare ab istis tribus. Tu rursus dicis, unam ex his tribus esse nullam, & sic deinceps, quotes in judicio nullitatis sunt prolatæ tres sententiæ conformes, quæ declarant, sententiam esse validam, tu, cum ulterius non potes appellare, dicis, nullam esse unam ex ultimis sententiis.

§. XX.

Nobis illam cautelam parum in recessu habere & revera stolidam esse videtur. Quis enim primo tot instantias inveniret in aliqua provincia, quot sibi fingit autor cautelæ. Certe apud nos, quando v. g. à Regimine alicujus provinciæ ad summum Tribunal Berolinense appellatur, eaque appellatio etiam non obstantibus tribus conformibus sententiis propter querelam nullitatis appellationi junctam in dicto Tribunali recipitur: post prolatam à Tribunali sen-

tentiam

tentiam parti gravatæ unicum ſaltem remedium patet, nempe Supplicationis, deinde ulteriores querelæ non attenduntur, ſed ſententia executioni datur, vid. der gemeine Beſcheid, de Anno 1710. d. 17. Februar. Deinde autem, poſito, plures dari inſtantias, ut centies, prout loquuntur, appellari poſſet: quis crederet, cordatum judicem permiſſurum eſſe, ut alterutra pars ejusmodi apertis fraudibus utatur? Judex enim non eſt præciſe adſtrictus, ut omnibus appellationibus deferat, ſed deprehenſa manifeſta appellantis malitia appellationem denegare poteſt. Advertit hoc ipſe Scaccia, unde *n.* 75 ſubjungit: judex huic cautelæ & malitiæ, protrahendi litem in infinitum, obviare poteſt, quando videt, nullitatem opponi calumnioſe ad differendam litem, quia tunc poteſt ea ſpreta procedere ad executionem. Quemadmodum ergo alia juris remedia propter eorum abuſum non penitus tolluntur: ita quoque querela nullitatis per ſe non eſt illicita, quamvis malevoli homines eadem abuti intendant.

§. XXI.

Proximum nunc eſt, ut ad illam quæſtionem progrediamur: An contra tres conformes ſententias beneficio *reſtitutionis in integrum* locus ſit? Affirmat Mevius *Conſil.* 50. *n.* 89. & in Pomeraniæ Judiciis ducalibus illud obtinere atque admiſſum fuiſſe teſtatur. Notandum tamen hic eſt, quod Dd. vocabulo *reſtitutionis in integrum* diverſimode utantur. Scilicet, interdum illud generaliter capiunt, ut alia etiam remedia ſub ſe comprehendat, præcipue vero querelam nullitatis; vid. Mevius *l.c.* ubi varia argumenta adducit, ex quibus rei, qui ipſum conſulverant, dictam reſtitutionem obtinere poſſint. Quamvis autem nos in præſenti vocabulum *reſtitutionis* in tam lato ſignificatu non accipiamus, ſed de ea reſtitutione nobis ſermo ſit, quam *minores & Collegia, jure minorum utentia*, petunt; nihilominus tamen Dd. de hac etiam reſtitutione in ſpecie agentes affirmativæ ſententiæ ſubſcribunt, poſſe eandem peti poſt tres quoque conformes ſententias; vid. Perez. *ad L. un. C. ne lic. in un. ead. cauſ. n.* 4. Scaccia *de appellat. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 64. & qui hanc materiam ex inſtituto pertractat Franc. Marcus *in Deciſ. Parlamenti Delphinalis part.* 2. *qu.* 54.

§. XXII.

§. XXII.

Sed quæritur, an restitutio in integrum contra tres conformes sententias petita, *executionem illarum sententiarum suspendat?* Disputationem super hac quæstione veterem esse & imperatoriam forte decisionem requirere dicit Brunnem. *ad l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. n. 6. in f.* conf. Lancellottus *de attentatis p. 2. c. 18. n. 87. seqq.* Oddus *de rest. qu. 42 art. 3.* Effectum suspensivum indulget Fachinæus *controv l. 12. c. 18.* Salycetus *ad l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. circa finem*, quibus etiam accedere videtur Marcus *d. qu. 54. num. 2. & 3.* & respondent hi ad *clem. 1. de sent. & re jud.* eam agere de querela nullitatis, (vid. supra §. *XVII. h. cap.*) & sic ad remedium restitutionis extendi non debere, vid. Marcus *loc. cit.* Nobis vero melius esse videtur, si eodem modo, uti *d. §. XVII.* factum, distinguimus: an scilicet causa petitæ restitutionis in integrum in continenti demonstrari possit, an vero illa altioris plane indaginis sit, ita, ut priori casu effectum suspensivum habeat, non autem posteriori. Et hanc sententiam sequitur etiam Perez *ad d. l. un. num. 4.* illaque eo magis amplectenda videtur, cum DD. alias restitutioni nunquam memoratum effectum tribuant, si altioris indaginis est, Brunnem. *ad l. un. C. in integr. rest. postulat.*

§. XXIII.

Sed annon Princeps per speciale Rescriptum indulgere potest, ut existente licet contrario Statuto, vel lege Provinciali, nihilominus post tres conformes sententias ulterius provocare liceat? Proponit hanc quæstionem Perez *ad l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. num. 2.* & negative ad eandem respondet. Verba ejus hæc sunt: Usque adeo (prohibita est tertia provocatio,) ut quemadmodum adversus sententiam, quæ transivit in rem judicatam, rescripto Principis cognitio causæ restaurari non potest, *l. ult. sentent. rescind. non posse:* ita nec ejusdem rescripto ex ordinaria potestate permittatur tertia appellatio, & quod super tertia appellatione impetratum est rescriptum, subreptitium præsumatur. Duo itaque argumenta adducit Perez, primum *comparationem rei judicatæ cum tribus sententiis conformibus* continet, secundum vero in *præsumptione subreptionis* fundamentum habet. Sed quoad primum

ta-

Digitized by Google

facile responderi posset, disparem esse rationem rei judicatæ & trium conformium sententiarum in hoc nostro casu, quoniam supponimus, quod is, qui per tres conformes sententias gravatus est, mox ante elapsum fatale decendii Principem adierit & pro obtinenda ulteriori provocatione supplicaverit, tunc certe, si Princeps petito supplicantis defert, sententia eo ipso à viribus rei judicatæ suspensa est. Dices forsan: Principem tamen nemini jus quæsitum auferre posse; verum nego, quod Princeps concedendo ulteriorem provocationem jus quæsitum auferat. Ille enim per ejusmodi concessionem non præcipit, ut tres conformes sententiæ iterum mutentur; sed hoc solummodo intendit, ut momenta causæ adhuc semel ponderentur, ne scilicet ille, qui se gravatum esse conqueritur, ullam futuro tempore conquerendi causam allegare possit, unde communiter etiam ejusmodi Rescriptis hæc clausula inseri consuevit: Damit sich nun Supplicant zu beschwehren keine Ursach habe. Alias etiam hoc certum est, quod qui leges tulit, is potestate quoque circa eas leges dispensandi gaudeat. Interim tamen hoc lubentes largimur, quod quemadmodum Princeps nunquam in dispensando nimis facilis esse debet: ita quoque in hoc casu absque justa & relevanti causa ulteriorem provocationem concedere non facile debeat, ne lites in infinitum protrahantur, quemadmodum illi etiam, qui ejusmodi Rescriptum sub- & obreptitie impetratum esse existimat, omni jure permittitur, ut veras facti circumstantias Principi exponat eoque facto cassationem Rescripti, ut stylo fori utar, obtinere intendat. Sententia, quam hactenus defendimus, non adeo singularis est. Ipse enim Perez *loc. cit.* sequentia subjungit: quamvis sint, inquit, qui generaliter putent, subreptionem nullam esse, si expresse narratum sit, bis appellatum fuisse, quasi tunc ex certa scientia Princeps tertiam appellationem indulgere videatur: quin etiam, addit, de plenitudine potestatis id possit Princeps, dubitandum non est.

§. XXIV.

Quæritur: *quando sunt tres sententiæ conformes & prohibeatur appellatio tertio ab eadem parte:* (& quidem sub pœna) *si contingat de facto appellari, an sit locus pœnæ statutariæ?* ita quæstionem proponit Franci-

ſcus Marcus *in Deciſ. Parlam. Delphin. tom. 2. qu.* 88. & ſequenti modo ad eam reſpondet: dubium, inquit, facit, quia licet non teneat appellatio, quia eſt prohibitum ab eadem parte in eadem cauſa tertio appellare, *l. un. C. ne lic. in un. ead. cauſ.* tamen debet tenere pœna, *l. 2. C. de epiſcop. aud. & ibi gloſſ.* quia de jure civili fruſtratorie, ſeu temerarie appellans punitur, *l. ab executione in f. C. quor. appell. non recip.* ſecus de jure canonico, ſecundum gloſſ. in *l. 1. ff. à quib. appell. lic.* Sed in contrarium, addit, videtur in caſu iſto, ubi agitur de pœna ſtatutaria, quæ eſt ſtricti juris, ubi requiritur ad hoc, ut committatur pœna, oportet, quod fiat contraventio de jure, & non de facto; quia, quando contravenitur, non habet effectum, *l. continuus. §. cum quis ff. de V. O.* & hoc videtur tenere Bald. *in d. l. 2. C. de epiſc. aud.* dum ibi facit differentiam, quando agitur de pœna legali, ſtatutaria, vel contractus, & idem videtur tenere Bald. in *l. filium. §. ſi quis bonorum. ff. de legat. præſtand.* De qua materia habetur etiam per Jaſon *in l. ubi pactum. C. de transact. in fin.* præterea quando appellatio pronunciatur deſerta, non eſt locus pœnæ ſtatutariæ contra temere appellantes: ergo idem in caſu iſto, quando prohibetur tertio appellare, & quia appellatio non tenet, & ſic eſt eadem ratio, & ita debet eſſe idem jus, *l. illud. ff. ad L. Aquil. l. à Titio. ff. de V. O.*

§. XXV.

Integram deciſionem Marci propterea appoſuimus, ut eo melius reſponſiones noſtræ percipi queant. Obſcurus primo videtur Marcus iſte, & deinde etiam rationes ipſius non admodum concludentes eſſe exiſtimamus. Negat, pœnæ locum eſſe, licet quis contra legem ſtatutariam appellationem ſub pœna prohibentem à tribus conformibus ſententiis appellaverit. Rationes ſunt, (1) *quoniam pœna ſtatutaria eſt ſtricti juris;* (2) diſtinguit inter *contraventionem de jure*, & eam, *quæ de facto fit*, priori caſu pœnæ locum eſſe dicit, non poſteriori, hic autem contraventionem de facto adeſſe addit; (3) argumentatur, quod *quemadmodum pœnæ temere litigantium non eſt locus, ſi appellatio pro deſerta declaratur: ita nec eo caſu pœnæ ſtatutariæ locus concedatur, ſi contra tres conformes ſuſcipitur.* Verum enim vero, quod (1) attinet, nego illud ſuppoſitum, pœnam ſtatutariam ſtricti juris eſſe, & pro-

Digitized by Google

probe observandum est, quod admisso Marci principio dispositio legis statutariæ plane nullum effectum post se traheret, cum tamen non sit probabile, Legislatores legem frustraneam condere voluisse. Distinctionem, quam (2) adducit, plane non intelligo, non enim mihi concipere possum contraventionem, quæ de jure fit. Imo, licet talis daretur, assertionem Marci tamen invertendam potius esse putarem, ut pœna eo casu locum habeat, si contraventio de facto fit; (3) à desertione appellationis ad hunc casum non valet consequentia, quamvis etiam eo casu, si appellatio deserta est, appellans ad restitutionem expensarum alteri teneatur & sic pœna temere litigantium omnino adsit. Magis ergo est, ut affirmativam amplectamur. Unica genuina dubitandi ratio solum adest, scilicet, quod alias soluta pœna quis ab obligatione liberatus sit, vid. *l.* 34. §. 1. *ff de recept. qui arb. recept. l.* 2. *C. de arbitr.* cujus exemplum quoque deprehenditur indem Reukauff; sed respondetur, hoc solum procedere, si pœna *per modum conventionis* statuta est, non vero, si *à lege*, ut in præsenti nostro casu. Unde etiam non audiendus est, si quis ad solvendam pœnam sese sponte offerret, modo ipsi ulterior provocatio concedatur, quia lex elusoria fieret.

§. XXVI.

Aliam quæstionem idem proponit Marcus *tom.* 2. *quæst.* 54. *num.* 5. quænam scilicet sententia executioni sit mandanda, *si quælibet pars tres conformes pro se obtinuisset?* Speculator *tit. de appellat.* §. *quoties.* hoc cogitandum reliquit: Panormitanus autem *in cap. sua nobis. X. de appellat.* existimat, quod actor, qui pro se tres sententias conformes habet, obtinere debeat, cujus opinionem Marcus *d. l.* approbare videtur. Ego casum illum ut quælibet pars tres sententias conformes pro se obtineat, ad rariores referendum esse existimo. Si tamen contingeret, v. g. si altera pars tres conformes sententias obtinuit, adversarius vero ex capite nullitatis eas impugnet, & itidem tres conformes obtineat, quæ priores nullas esse declarent: ultimam sine dubio executioni dandam esse censerem. Actoris certe major ratio hic haberi non poterit, quam rei, cum alias hujus partes sint favorabiliores, & sic si ratio decidendi à personis litigantibus earumque favore desumenda esset, potius pro reo pronunciari deberet.

§. XXVII.

Progredimur ad quæstionem: *an exceptio trium sententiarum conformium etiam tertio intervenienti opponi possit?* vel ita: *annon tertio etiam à tribus conformibus sententiis appellare liceat?* Distinguunt DD. communiter, an tertius ille interveniens *sciverit litem agitari, annon*; priori casu ad appellationem tertium non admittunt, bene tamen posteriori, vid. Scaccia *de appellat. qu.* 17. *lim.* 1. *n.* 63. *& limit.* 6. *membr.* 4. *n.* 41. *seqq.* Hartmannus Hartmanni ab Eppingen *Observat. l.* 2. *tit.* 5. *obs.* 10. *n.* 8. *seqq.* Bernhardus Greven *l.* 1. *concl.* 70. *n.* 16. *seqq.* Perez *ad l. un. C. ne lic. in un. eademque caus. n.* 3. Sed non videtur istam responsionem materiam plene exhaurire. Potius ita distinguendum erit: interventio est duplicis generis, alia, quæ fit *accessorie, v. g.* si venditor emptori à tertio convento adsistit: alia, quæ *principalis* est, v. g. si duo de hereditate certant, ego autem neutrum ex illis heredem esse, sed hereditatem ad me pertinere dico: aut, si Cajus ædes vindicat à Titio, Sempronius autem nec Cajum, nec Titium, dominum ædium esse, sed dominium earum ad se spectare asserit, Mev. *P.* 5. *Dec.* 406. Brunnem. *Proc. civ. c.* 13. *n.* 2. *&* 15. Præses Einleit. zum Civil-Process. *c.* 37. §. 2. Applicatio jam ita fit: Si quis intervenit *accessorie*, subdistinguendum est. Aut reus intervenienti justo tempore *litem denunciavit*, aut *non denunciavit. Si posterius:* casus dabilis non est, ut v. g. venditor appellationem interponat, quia emtor adversus ipsum non habet regressum, & sic venditoris nihil interest, an condemnatus fuerit emtor, an absolutus, neque hic distinguitur, an venditor litem sciverit, annon, nam sola scientia omissa ab emtore litis denunciatione venditorem ad præstandam evictionem non obstringit, Brunnem. *ad l.* 7. *&* 8. *de evict.* Sin *prius*, appellationi iterum non datur locus, quia venditor tanquam tertius non consideratur, sed cum emtore pro una persona habetur. Præterea si venditor hoc casu ante tres conformes sententias jam adstitit emtori & sua jura deduxit, illa vero rejecta fuerunt: appellationi omnino locus esse non potest; si spreta litis denunciatione emtori non adstitit: habet, quod sibi imputet, quoniam damnum sua culpa patitur. Illud tamen observandum putarem, *si forsan emtor post duas conformes sententias demum litem denunciaret venditori, & venditor plane alias exceptiones*

ceptiones adduceret, quam emtor ante adduxit, adhuedum tamen sententia contra emtorem & venditorem publicaretur: quod eo casu venditor ad ulteriorem provocationem sit admittendus, quia, ut supposui, ille plane novas exceptiones habet, quæ per tres conformes sententias nondum rejectæ fuerunt, & quia ipsi imputari non potest, quod emtor tam tarde ipsi litem denunciaverit. Quod si denique interventio *principaliter* fit, juxta exempla ante adducta tres conformes sententiæ intervenienti neutiquam obstare poterunt, quia jam adsunt *diversæ personæ & diversa petendi causa.* Neque iterum nocere poterit interve-nienti, licet sciverit, litem agitari, quia sufficit, quod ejus actioni, sive interventioni nondum præscriptum sit. Hoc tamen nota, quod ejusmodi interventio *non impediat executionem trium sententiarum conformium*, sed ad peculiarem processum remittatur, Mevius *P. 5. Decis.* 406. conf. etiam Gail. 1. *obs.* 70.

§. XXVIII.

De *criminalibus* adhuc nonnulla sunt addenda. Si in illis *per modum accusationis* proceditur, quod tamen hodie rarius fieri solet, omnia remedia suspensiva & per consequens etiam appellatio locum invenit, Carpzov. *Prax. crim. qu.* 139. *n.* 31. *seqq.* & hinc porro in illis provinciis, in quibus intuitu causarum civilium tertia & ulterior appellatio locum habet, eidem in causis criminalibus sine dubio etiam locus concedendus erit. Quod si vero *per modum inquisitionis* proceditur, ubi rarius appellationi locus datur, quæstio eo recurrit, *quot vicibus inquisito defensio sit concedenda?* Sane, si causa levioris momenti est, ubi ad pœnam corporis afflictivam deveniri nequit: vix plures, quam duæ defensiones indulgentur. In causis vero pœnam capitis, aut corporis afflictivam inferentibus, non raro tres defensiones concedi solent, vid. Præses Einleit. zum Peinl. Proc. *cap.* 8. §. 12. post tres autem conformes sententias ulteriori defensioni vix locus conceditur, nisi forsan causa admodum dubia sit, & præcipue superior, qui tunc statim à defensore adeundus est, concessionem quartæ defensionis judici inquirenti injungat.

§. XXIX.

Ultimo loco notamus, quod quamvis in eo casu, si quis unam

ſententiam pro ſe obtinuit, is deinde in expenſas non ſoleat condemnari, licet ſubſequentes ſententiæ ipſi adverſentur: illa tamen condemnatio in expenſas tunc fieri ſoleat, ſi quis non obſtante prima abſolutoria, deinde per tres conformes ſententias condemnatus fuerit, quia jam omnis probabilitas, quæ ex prima ſententia oriebatur, eliſa eſſe videtur.

Diſſertatio de Jure Retentionis, Præſide JOHANNE STRAUCHIO, JCto & Antecesſore, Conſiliario Saxonico, Facultatis Juridicæ h. t. Decano & Seniore Curiæ Provincialis & Scabinatus Aſſeſſore, Jenæ, Menſ. Decembr. 1688. JOH. JUSTINUS MUHLPFORT, Jenenſ.

SUMMARIA.

1. *Occaſio juris.*
2. *Significatio vocis.*
3. *Deſcriptio.*
4. *Diviſio.*
5. *Retentionis generalis ſubdiviſio.*
6. *Juris hujus fundamentum.*
7. *Summa nixum æquitate.*
8. *Cauſæ jure determinatæ.*
9. *Quibus licitum exercere.*
10. *Magiſtratui.*
11. *Pupillis & minoribus.*
12. *Marito.*
13. *Uxori ejusve heredi.*
14. *Domino feudi.*
15. *Competit propter impenſas.*
16. *Inprimis perſonis hac theſi enumeratis.*
17. *Mercedem debentibus in re, propter quam exſolvenda.*
18. *Jus nulli debitori parcens.*
19. *Occupatur aliquando circa ipſam debitoris perſonam.*
20. *Inprimis circa res omnes.*
21. *Et actiones.*

22. For-

Digitized by Google

22. *Forma.*
23. *Bona vel occupanda prius, vel jam occupata.*
24. *Finis.*
25. *Effectus.*
26. *Contraria.*
27. *Affinia.*

Thes. I.

QUanquam non civilis tantum, sed naturalis quoque ratio dictitet, suum cuique tribuere (α): perversis tamen hominum moribus eo rerum perventum, ut non raro nobis id, quod nostrum, denegetur. Solenne istud hucusque fuit inprimis debitoribus improbis, qui creditoribus suis solutionem non protrahebant modo, imo sæpius plane supprimebant. Quorum malitiæ, quo iretur obviam, bene Romanarum LL. conditor Justinianus in favorem creditorum inter cætera (β) introduxit remedium retentionis (γ), quo ex justa causa creditori, rem debitoris privata (δ) auctoritate detinere licet, (ε) donec solvatur debitum (ζ). De quo in præsentiarum agere mihi decretum.

Exθεσ.

α.) §.3 *Inst. d. just. & jur. l.* 10. §. 1. *ff. eod.*

β.) Competit enim creditori etiam actio, qua debitum exigere atque condicere possit. §. 15. *Inst. de act. t. t. ff. & C. ex quib. caus. pign. tac.*

γ.) Ap-

γ.) Appellatur etiam remedium sive jus retentionis, à retinendo vel detinendo dictum, Germanis Auf= oder Anhalten, (1.) Exceptionis præsidium. *l.* 29. *C. de jur. dot.* possidenti enim datur. *arg. l. unic. C. etiam ob chirogr. pec. l.* 5. *l. fin. C. in quib. caus. pign. tac.* non possidenti autem actio. Gothofr. *ad d. l. ubi adhuc. C. de jur. dot. lit. n.* vid. *th. XXII. lit. a.* (2) Compensatio ab Ulpian. §. 6. *Instit. de donation. ib. l. in restituenda.* 4. *C. de pet. hered. l.* 5. *C. de compens.* Anton. Faber. *in Cod. lib.* 5. *t.* 37. *def. un. n.* 1. *junct. l. ult. C. commod.* (3.) Occupatio. *l. possessio.* 1. *pr. de acquir. poss.* Menoch. *de recup. poss. remed.* 1. *n.* 64.

δ.) Quod JCtis est per viam facti: *l.* 3. *pr. C. de pign.* it. levato velo procedere. Molin. *in consuet. Paris. tit.* 2. *gl.* 1. *verb. arrest.*

ε.) Et regulariter quidem est prohibitum. *arg. l.* 1. *pr. &* §. 1. *ff. de vi & vi arm. l. pen pr. ff. ad L. Jul. de vi priv. l.* 29. §. 1. *ad L. Aquil. l.* 13. *quod met. caus.* (cum olim executio Principi reservata. Molin. *d. l. n.* 3.) hodie vero in quibusdam permissum. *l.* 10. §. *prostituta. ff. de in jus voc. l.* 9. *ff. de serv. export. l.* 1. *& l.* 2. *C. si serv. export. veniat. l.* 54. *C. de decur.*

ζ.) Vid. infr. *th.* 25. *lit. β.*

Thes. II.

Sumitur autem jus retentionis vel late (η) pro quacunque occupatione & apprehensione, tam naturali, quam civili: Vel stricte (θ) pro retentione ea, quæ singulari jure creditori est concessa.

Ex.

η.) Sic detinet (1.) qui alicujus bona arrestata vel sequestrata possidet. *l. un. C. de proh. seq. pec.* Gail. *part.* 1. *obs.* 1. *n.* 6. (2.) qui manus injicit. *l.* 1, 2. *C. si serv. exp. ven. l.* 9. *ff. de serv. exp.* (3.) qui

pigno-

pignorationem capit. *l.* 34. *ff. de damn. injeƈt.* (4.) Hypothecarius. *l. un. etiam ob chirogr. pecun.* (5) qui repreſſalias exercet. Bart. *in tr. de Repreſſal. n.* 1.

b.) *arg. l.* 25. *ff. de procur. l.* 14. *ff. de dol. mal. except. l.* 30. *ff. de condiƈt. indeb. l.* 3. *C. de pign. t. t. ff. & C. quib. cauſ. pign. tac. contr. junƈt. l.* 1. *ff. de pign. l.* 29. §. 1. *ff. de eviƈt. l.* 36. *ad Sct. Trebell. Novell. Eleƈt. Sax. Auguſt. part.* 2. *conſt.* 25.

Theſ. III.

Hac poſteriori & ſtrictiori ſignificatione retentione juris accepta illam deſcribimus, quod ſit impedimentum (1) legitimum rerum debitoris, quas creditor juſtis ex cauſis propria auctoritate occupatas poſſidet, donec ipſi de debito ſatisfiat.

Ex.

1.) Impedit enim detentor, dum poſſidet, debitorem, quo minus pro arbitrio de rebus ſuis diſponere poſſit. *arg. l.* 17. §. 1. *ff. de acquir. poſſ.* utut verus dominus rei detentæ maneat. Neque enim per detentionem hanc quicquam dominii in re iſta conſequitur detentor, cum fiat non propterea, ut dominium rei acquiratur, ſed in ſecuritatem ſolutionis, *arg. l.* 25. *ff. de R. I. l.* 8. §. 4. *ff. de pign. aƈt.* Minus recte igitur deſcribitur per exceptionem jus retentionis, tanquam per genus anguſtius. vid. *th.* 1. *lit.* γ. *n.* 1. *& th. ſeq.* Steph. *Oeconom. lib.* 3. *c.* 98. add. Franciſc. Duar. *ad tit. de cond. indeb. cap. in f.* Mev. *ad jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *num.* 1.

Thes. IV.

Dividitur retentio I. in dilatoriam (κ) & peremptoriam (λ): II. in retentionem juris & facti (μ) III. in generalem & specialem (ν).

Exo.

κ.) Assimilatur enim in hoc exceptionibus. *arg. l. 2. ff. de except.* quæ ratione finis & effectus plerumque ita dividi solent. *§. appellantur.* 8. *& §. temporales, inst. de except. l. 3. ff. eod.* Est autem dilatoria (quæ etiam temporalis appellari poterit, §. 10. *de except.*) quæ ad tempus tantum creditori inservit. §. 8. *de except.* Carpz. *proc. civ. tit 9. art. 1. n. 5. usque ad n.* 10.

λ.) Peremptoria (quæ etiam perpetua dicitur) est, quæ perpetuo debitori à creditore opponi, intentionemque ejus elidere potest. *arg. d. §. 8. & 10. inst. de except. l. 3. ff. eod.*

μ.) Quam distinctionem retentionis suppeditat Stephan. *Oecon. jur. lib. 3. c. 95.* vocatque retentionem juris eam, quæ fit ipso jure; qualis est retentio dotis propter impensas, cum ipso jure imminuant dotem. *l. 5. ff. de imp. in res dot.* vid. infr. *th.* 12. Retentionem facti, qua facto quis rem detinet, seque per exceptionem defendit; ut fit in b. f. ædificatore, in alienum fundum structuram ponente, & propter impensas fundum possidente. *arg. l. 33. ff. de cond. indeb. l. 14. ff. de except. dol. mal. l. 48. de ff. de R. V. l. 14. §. 1. ff. comm. divid.*

ν.) Denique Specialis hæc retentio competit in quibusvis bonis tam feudalibus quam allodialibus, tam mobilibus quam immobilibus, præsentibus & futuris. Rich. *Velit. 16. th. 7. vol. 1.* add. *th. XX. infr.*

Thes.

Digitized by Google

Thes. V.

Subdividitur retentio generalis 1. in conventionalem (ξ) & necessariam (ο): 2. in communem (π) Saxonicam (ρ).

Expl.

ξ. Quæ fit conventione partium, creditoris sc. & debitoris. Sic enim debitor creditori permittit, ut, si certo & destinato tempore debitum non solvatur, rem tamdiu detineret, donec ipsi satisfaciat. *arg. l. 5. l. fin. C. quib. caus. pign. tac. l. unic. C. etiam ob chirograph. pec.* Ubi caute procedendum, ne retentio cum pignore confundatur, cui tamen contra distinguitur. Siquidem omne pignus conventione ad creditorem transit tam tacita: *arg. l. 1. §. 1. & 2. ff. de pign. act. l. 1. & t. ff. quib. caus. pign. tac. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.* quam expressa *l. 4. ff. de pign. & hypoth. l. 44. §. 5. de usucap. & usurpat.* non item jus retentionis, nisi rarissime. Accedit, quod neque retentio tribuat tacitum jus pignoris: nullibi enim locum invenit tacita hypotheca, quam ubi lex permisit atque expressit. *t. t. ff. C. quib. caus. pign. tac.* Struv. *Syntag. jur. civ. Ex. 26. th. 13. seqq.* Bald. *in l. 2. C. quib. caus. pign. tac.* Negusant. *in tr. de pign. & hypothec. p. 2. m. 4. n. 1.* nullibi quoque lex extat, quæ juri retentionis effectum tacitæ hypothecæ vel juris realis tribueret. Balduin. *de pign. & hypoth. c. 13.* add. *l. 1. C. si alien. res pign. dat.* Carpz. *decis. illustr. 66.* differentiam horum egregie ostendens. Struv. *Ex. 26. th. 42.* & Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 13. num. 8.*

ο.) Necessario retentio peragitur renuente & refragante debitore. Potest enim creditor propria auctoritate (certis tamen conditionibus, de quibus infr. *th. 22. seq.*) bona debitoris retinere, ut non immerito retentionem speciem executionis privatæ cum Carpz. *part. 1. decis. 66. num. 7.* Coler. *proc. execut. p. 1. c. 2.* multisque

tisque aliis appellare possis. Add. Menoch. *de adipisc. poss. rem.* 5. *n.* 69. Cravet. *cons.* 4. *n.* 13. *p.* 1.

π.) Communem dico eam, quæ secundum juris civilis tenorem instituitur, & non in Imperio Romano tantum, sed ubique locorum, in quibus jus civile viget, observatur.

ρ.) Per Saxonicam intellectam volo, de qua jus Sax. singulare quid disposuit. Vid. *Const. Elect. p.* 2. *c.* 25 Landr. *lib.* 1. *art.* 31. *lit.* C. Zobel. *p.* 7 *n.* 5. 6. & 8. Et hæc species retentionis non solis provinciis Saxonicis propria est; Sed & Lusatis, Silesiis, Lithuanis, Polonis plebejæ ordinis, apud quos jus Sax. viget, teste post Royz *in præf. decis. Lith.* Treutl. *Disp.* 1. *th.* 10. *lit. a.* Schulz. *in prolegom. sub tit. de orig. jur. Sax. Synops. Instit.* Speitel. *Not. Hist. pol. lit.* S. eam communem esse non inepte judicatur.

Thes. VI.

Fundamentum juris retentionis consistit in eo, quod plus (σ) cautionis in re sit, quam in persona (τ).

Exc.

σ.) Utut enim paria esse videantur, sive rem, sive actionem ad rem persequendam habere, *l.* 15. *ff. de R. I.* adeo, ut actio competens ad rem dicatur esse in nostris bonis, *l.* 14. §. *in bonis. de V. S. l.* 52. *de acquir. rer. dom. l.* 15. *ff. de re judic.* Verbum tamen, videtur, quod in d. l. reperitur, fictionem magis, quam proprietatem importat. Dec. *ad l.* 15. *num.* 3. Cum dominium sit sine effectu. *arg. l.* 17. §. 1. *ff. de acquir. poss. l.* 21. *C. mand. l.* 25. *ff. de R. I.*

τ.) Melius igitur utique est pignori incumbere, quam in personam agere. *l.* 8. §. 4. *ff. de pign. act. l.* 7. §. 8. *ff. de pact. l* 9. *ff. de probat. l.* 205. *ff. de R. I.* Speckh. *cent.* 1. *q.* 36. Coler. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 186. & 187. Cum & debitor & fidejussor facultatibus potest labi, vel etiam plane debitum negare: jus vero reale semel adeptum,

adeptum, comitatur quemcunque possessorem. *l. 17. ff. de pign. l. 18. C. eod* ut melior proinde conditio creditoris sit, sive ipse possideat pignus, seu alius. *arg. l. 13. §. 3. ff. de pign.* Neque obstat *l. 7. ff. de stipul. prætor.* non enim propterea ibi fidejussores requiruntur, quasi cautio fidejussoria tutior sit pignoratitia: Sed primo, quia à possessoribus rerum immobilium satisdatio non exigitur; Secundo quia cautiones prætoriæ ut plurimum super eo, quod interest, neque certam æstimationem habet, interponuntur, unde sciri nequit, quæ & qualia pignora sunt deponenda. Bach. *ad* Treutl. *disp. 5. Vol. 1. th. 2. lit. A.*

Thes. VII.

Quemadmodum autem hoc jus summa æquitate (υ) est subnixum: ita merito à jure Civili (φ) & quorundam locorum consuetudine (χ) utiliter introductum esse censemus.

Exp.

υ.) Possit quidem dubium movere 1. quod detentor videatur sibimet ipsi jus dicere in causa propria, quod tamen est prohibitum. *arg. rubr. C. ne quis in caus. sua judic. l. 17. in f. de judic. junct. l. 13. §. 4. ff. ad SCt. Trebell.* (2.) Quod materia retentionis videatur odiosa magis, quam favorabilis, per ea quæ habet Coras. *ad l. qui liberos. n. 124. ff. de rit. nupt.* Joh. Petr. Molign. *tr. de retent. q. 4.* Sebastian. Medic. *tr. de compens. p. 2. q. 28. n. 5.* Sed his non obstantibus præferenda est contraria sententia. Est enim retentio species exceptionis. *l. 14. §. 1. ff. comm. divid. l. 9. l. 10. de except.* quam majore æquitate niti quam actionem patet, cum ex *l. 12. l. 2. §. 1. & generaliter. ff. de except. dol. mal.* tum quod detur habenti actionem *l. 1. §. 4. ff. de superf. l. 156. §. 1. de R. J.* & sæpius carenti actione. *l. 51. ff. de cond. indeb. l. 1. pr. ff. de pign. l. 21. ad*

SCt. Trebell. l. 4. C. de usur. vid. Brükm. *consf.* 12. *n.* 313. quia facilius conceditur quam petitio. *l.* 2. *ibique* Bald. *C. de fidei.* & in pari causa melior est conditio retinentis. *l.* 1. *ff. de cond. ob turp. caus.* Alciat. *lib.* 8. *Resp. consf.* 18. *n.* 9. & 25. Struv. *Ex.* 40. *th.* 13. Hinc multa possunt haberi per retentionem, quæ non possunt obtineri per actionem. *gl. in l. si cum filio. pr. ff. de compens.* Licet ergo mulier prohibeatur petere, non tamen prohibetur retinere. Bened. Capra. *consf.* 19. *Dec. consf.* 300. *col. pen. in f.* add. Bart. *in l. nemo potest.* 55. *ff. de leg.* 1. qui vult, relictum in testamento minus solenni posse retineri, tamen ad illud non agi. vid. Ant Capyc. *decis.* 119. *n.* 8. Regula autem, quod cui detur actio, ei multo magis retentio in casu contrario non valet, quod dicere possem: cui datur exceptio, ei multo magis actio, *l. si in area. §. fin. ff. de cond. indeb. l. si heres.* 68. *ff. ad SCt. Trebell. gl. in l.* 1. *§. eum qui. ff. de const. pec.* Jas. *in l. si constanter col. pen. ff. sol. matr.* Ad (1.) dubium respondeo, negando quod jure retentionis petens sibi jus dicat, per sententiam scil. de quo dicta *rubr. C. ne quis in sua caus.* est intelligenda. Finckelth. *obs. pract.* 98. *q.* 2. *n.* 39. Alterum removet Schifordegk. ad Anton. Fabr. *lib.* 1. *tr.* 1. *recent. q.* 4. ubi dissentientibus sufficienter respondet. Ut proinde nullum dubium, quod detinens rem, vel naturaliter saltem obligatam sibi, tutus sit in foro conscientiæ. Panorm. *c.* 1. *in f. de rest. in integr.* Rip. *in c.* 1. *col.* 42. *x. de judic.*

φ.) Per JCtorum responsa in *l.* 1. *pr. ff. de pign. l.* 51. *ff. de cond. indeb. l.* 26. *§.* 4. *ff. eod. l.* 25. *ff. de procur. l.* 14. *§.* 1. *ff. comm. dividund. l.* 59. *ff. de furt. l.* 17. *ff. de hered. petit. l.* 21. *ad SCt. Trebell.* & Principum decreta, ut *in l. unic. etiam ob chirogr. pign. l.* 4. *C. de usur. l.* 29. *l.* 30. *C. de jur. dot. Novell.* 97. *§. illud.* & aliis locis pluribus.

χ.) Consuetudine quoque retentionis jus introduci posse, testes sunt post Albin. Ros. *ad l.* 3. *C. de pign. n.* 1. *in f.* Cravetta *consf.* 4. *n.* 13. *p.* 1. & Menoch. *de adipisc. poss. rem.* 5. *n.* 69. Add. *Nov. Elect. Sax. August. p.* 2. *c.* 25.

Thes.

Thes. VIII.

Causam juris retentionis determinat (ψ) [facta scil. solutionis (ω) mora (α)] non tantum jus civile vel prætorium, in contractibus & pactis legitimis (β): Sed etiam naturale sive gentium; in nudis (γ). Sic retinetur e. g. propter pecuniam constitutam (δ), hypothecam tacitam & expressam (ε) pignus (ζ), usuras (η), dotem (θ), donationem (ι), impensas (κ), commodum (λ), incommodum (μ), & quodcunque, modo ad producendam obligationem (ν) vel quasi (ξ) efficax sit.

ἐκθ.

ψ.) Fit autem hoc per leges, ut apparuit ex th. præced.

ω.) Quæ leges jubent, ut nobis sub pacto vel alio modo debitum solvatur, aut debitor rem suam detineri patiatur. Anton. Neguza. *tr. de pign. & hyp. 4. part. pr. num.* 15. Matth. Coler. *proc. exec. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. Agimus quippe h. l. de retentione ea, quæ fit ex causa pecuniarii debiti, non perpetrati maleficii. vid. *th.* 2. *& infr. h. th. lit. v.*

α.) Atque ad illam detentionem creditorem impellit mora, quæ nihil aliud est quam culpa debitoris prætermittentis solvere id, quod solvere debuit & potuit, ita definiente ex Hotomann. Schicart. Lex. jur. lit. M. Quod si igitur debitor sub certo die, vel sub certa conditione sit obligatus, non licet creditori ante diem destinatum conditionemve præsentem rem debitoris detinere. Non enim videtur in mora esse, quia nihil adhuc debet, & nemo ad solutionem debiti non puri adstringi solet. *arg.* §. 2. *inst. de V.O.* §. *fin.*

§. *fin. de inutil. stipul. l.* 138. *ff. de V. O.* dum cessit quidem dies, sed non venit. *l.* 213. *ff. de V. S.* Ubi igitur nulla mora, ibi quoque nulla retentio. vid. *th.* 18. *lit.* θ. imo potius creditorem ante tempus retinentem exceptione plus petitionis debitor repellere potest. *arg.* §. 33. *de act.* & §. 10. *inst. de except.*

β.) Causa itaque juris retentionis oritur primo ex contractibus. vid. *th.* 14. *lit.* β. & pactis legitimis, quæ, quoniam obligationes actionesque producunt, multo magis retinere permittunt *arg. l.* 1. § *cui damus. ff. de superfic. l.* 155. *ff. de R. I. c. qui agendum, X. de proc. in* 6to.

γ.) Secundo ex pactis nudis. Sola enim naturalis obligatio facit creditorem ad retinendum habilem, & si quis agit, ipse tanquam possessor se tueri poterit exceptione. vid. *gl. in l.* 52. §. 2. *ff. de pact.* Licet enim nulla nonnunquam inde oriatur actio, bene tamen exceptio. *arg. l.* 51. *ff. de cond. indeb. l.* 1. § *id quod natura. ad L. Falcid.* Bald. *p.* 2. *cons.* 98. vid. *th.* 7. *lit.* υ. quæ non præcise, sed causative tantum cogit, ut notat *gl. in l.* 2. *pr. verb. suspectum. ff. solut. matr.* Hæcque accipe de pacto nudo tam tacito quam expresso; utrumque enim retentionem parit, *arg. l.* 2. *C. de pact.* Coras. *cons.* 33. *col.* 5. *p.* 2. paucis quibusdam casibus exceptis, de quibus vid. Andr. ab Exea *de pact. n.* 457.

δ.) Cæterum quo eo melius mens nostra constet, lubet assertionem nostram quibusdam exemplis, iisque præcipuis illustrare. Sit horum (1) in pecunia constituta. Si enim quis rem, quam ante alius, vel etiam ipse debuit, pacto, denuo se soluturum promisit, neque destinato tempore offert, retentione sibi consulere creditor non prohibetur, *arg. l.* 16. §. 2. *ff. de pec. const. junct. l.* 3. §. 2. *eod.* Struv. *Syntag. Jur. Civil. Ex.* 18. *th.* 74. & 79.

ε.) *arg. t. t. ff. de pign. & hypoth.* Mev. *ad Jus Lubec. p.* 1. *lib.* 1. *tit. V. art.* 13. *n.* 7. Idem Jur. Sax. obtinet Carpz. *p.* 2. *const.* 24. *def.* 1. *n.* 4. *def.* 3. *n.* 2. & alibi.

ζ.) *arg. l.* 1. *pr. l.* 11. §. 4. *ff. de pign. act. l.* 10. *C. eod.* Et locum habet retentio, etiamsi in pignoris constitutione aliquid deficiat, modo creditor alia ratione se tueri poterit. *l.* 1. *pr. qui potior. in pign. l.* 1. *C. si alien. res. l.* 7. §. *pen. de reb. eor.* Secus, si plane inutiliter pignus

Digitized by Google

pignus contractum sit. *arg. l. 25. ff. qui pot. in pign.* Struv. *Synt. jur. civ. Ex.* 26. *th.* 42. vid. infr. *th.* 14. *lit.* δ.

η.) *l.* 11. §. 3. *de pign. act. l.* 4. *C. de usur. l.* 2. *C. de fisc. usur. ibique* Joh. de Plat. *junct. l.* 3. *ff. de usur. l.* 12. *C. eod.* vid. *th.* 13.

θ.) *l.* 6. *C. de dot. promiss. l.* 1. *sol. matr. l.* 29. *l. seq. C. de jur. dot.* Wes. *n. sol. matr. n.* 6. Struv. *Ex.* 30. *th.* 51. Jus Sax. idem permittere, testes sunt Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *per tot.* & Berl. *p.* 2. *concl.* 32. *& alii.* vid. *th.* 13. *lit.* ζ.

ι.) *arg. l.* 35. *C. de donat.* tam mortis causa, quam inter vivos, si scil. non sit revocata *l.* 2. *l.* 35. §. 3. *&* 4. *l.* 32. *ff. de mort. caus. don. l.* 1. ibique Perez. *C. eod. junct. l.* 42. *ff. d. t.* aut non revocari possit. *arg. l.* 1. 2. 3. *seqq. C. de inoffic. test. l.* 1. *l. ult. C. de revoc. don. junct. l.* 8. *C. eod. tit.* Struv. *d. Ex.* 40. *th.* 14. *seqq. & th.* 27. Si tamen res per donationem à donatore est promissa, nec statim tradita, non competit donatario jus retentionis pro usuris, quia ad eas donator non tenetur, *arg. l.* 22 *ff. de donat. l.* 16. *ff. de usur.*

κ.) Porro notatu dignum, quod tam in universali quam singulari judicio retentio propter impensas sit permissa, licet nulla facta mentione impensarum ad restitutionem possessor condemnatus esset. Neguz. *m.* 4. *p.* 5. *n.* 10. Consideranda tamen tum persona detinens, tum qualitas impensarum. In hereditatem enim si factæ fuerint impensæ necessariæ (*de quibus l.* 79. *pr. ff. de V. S. l.* 14. *l.* 1. §. 1. *de impens. in res dot.* Vincent. Caroc. *tr. de loc. cond. tit. de expens. n.* 9.) aut utiles sive à b. f. sive à m. f. poss. retentio locum habet, *arg. l.* 36. §. *ult. ff. de petit. her. l.* 38. *ff. eod. l.* 20. §. 3. *d. t.* modo si forsan impensæ utiles, & m. f. poss. sit, res adhuc melior extet. *arg. d. l.* 38. alias, quemadmodum non deducere istas, ita nec retinere licet. Strauch. JCt. ad Univers. jus Justin. *Diss. XVIII. aph.* 2 *&* 3. Cum enim ex æquitate tantum (ne scil. quis ex aliena jactura fiat locupletior, *l.* 8. §. 22. *ff. de transact. l.* 28. *ff. de dol. mal. l.* 14. *ff. de cond. indeb. l.* 206 *ff. de R. I.*) ipsi concessa sit deductio, & per hanc retentio; merito cessante hac ratione, effectus quoque cessat, *arg. d. l.* 38. *junct. l.* 32. *ff. de pact. l.* 6. §. 2. *ff. de jur. patron.* sibique habeat, quod sciens in alienam rem aliquid impenderit, §. 38. *inf. Inst. de rer. divis. l.* 7. *l.* 12. *ff. de acquir. rer. dom.* In b. f. autem possessore nihil refert,

 sive

sive extet res adhuc in tantum melior, sive ex parte perierit; utroque enim casu habebit retentionem, *arg d. l. 38. de her. petit. vers. plane.* add. *l. 3. l. 9. l. 20. §. 3. ff. eod.* vid. Struv. *Ex. 10. th. 62. & Ex. 41. th. 47.* Quod si plane res interierit, retentio non habet locum; quomodo enim retinere potest, ubi res deficit? Propter voluptarias denique impensas b. f. poss. etiam h. l. beneficio retentionis uti potest. *arg. l. 39. §. 1. de pet. her.* alias plus restitueret, quam locupletior factus esset, *l. 25. §. 1. ff. d. t.* Struv. *d. l.* Ast mal. fid. poss. hoc non permittitur. *d. l. 39. §. 1.* nisi ut tollat, si salva re fieri poterit, *l. 5. C. de R. V. l. 37. ff. eod. l. 19. ff. de hered. pet.* In singulari judicio vero aliter paulo sese habet. Ibi enim, quamvis quilibet b. f. p. etiam retentionem habeat propter impensas necessarias, *d. l. 5. C. de R. V. l. 38. ff. de pet. hered. l. si in area. 22. ff. de cond. indeb. l. Paulus. ff. de dol. mal l. si necessarias. ff. de pign. act. l. quod dicitur. ff. de imp. in res dot.* Gail. *l. 2. obs. 12. n. 6.* & utiles *l. 5. l. 14. ff. de dol. mal. l. 13. ff. de cond. indeb. l. 7. §. 12. de a. r. d. l. 45. §. 1. ff. de act. emt. l. domos. 58. de leg. 1.* Alciat. *cons. 69. n. 19.* (si non sit maritus, vid. infr. *th. 12. lit. θ.*) donec ei restituantur. Bart. *in l. in fundo. ff. de R. V.* Boer. *q. 44. n. 7. arg. l. quod si. ff. de her. pet.* Tiraq. *tr. de retr. conv. l. 7. gl. 1. n. 10.* à domino vero, etsi exigua forsan paupertate presso, nec commode impensas solvere valente, *arg. l. 38. ff. de R. V.* Bart. *ibi. n. 8. l. 10. §. 1. ff. de neg. gest.* Bald. *cons. 372. Vol. 3. add. th. XVIII. lit. μ.* Zaf. *in l. divortio. §. impend. n. 6. ff. sol. matr.* Mal. fid. tamen possessori, nisi singulari m. f. sit notatus Alex. *cons. 154. n. 4. Vol. 6.* Curt. *cons. 165.* Neviz. *cons. 78.* ut fur, raptor, violentus invasor, &c. *l. 67. §. 2. ff. de furt. l. fin. ff. de cond. furt.* Perez. *C. de R. V.* necessariæ tantum impensæ retentionem tribuunt, *arg. l. 37. ff. de R. V. d. l. 38. ff. de pet. her. l. 5. C. de R. V.* non utiles. *arg. d. §. 31. inst. de rer. divis. junct. d. l. 5. C. de R. V.* quamvis & hujus generis impensarum in universali judicio. Strauch. *d. diss. XVIII. aph. 2. & 3.* Rationem diversitatis invenies ap. Struv. *Synt. jur. civ. Ex. XI. th. 33. in f.* Nota interim, quod si quis h. l. propter melioramenta velit retentionem exercere, necesse sit, ut adhuc melior extet, *arg. l. 38. l. 29. ff. de R. V.* Struv. *Ex. XI. th. 32.*

Non

Digitized by Google

Non enim sufficit esse impensum, sed requiritur quoque, ut in tantum res melior existat, *l. in fundo. ff. de* R. *V.* Neguz. *tr. de pign.* 4. *membr.* 5. *part. num.* 16. Tempus præterea restitutionis, non quando impensum, respicitur. Clar. §. *feudum. q.* 88. Paris. *cons.* 16. *n.* 85. *lib.* 2. Sic igitur sentiendum, ut illi, qui rem magis melioravit quam impendit, nihil ultra impensas detur: & contra ei, qui magis impendit, quam melioravit, in tantum, quantum melioratum, retentio permittatur, non in quantum impensum, *gl. in l. in fundo. ff. de R. V.* Abb. *in c.* 1. *n.* 4. *de rest. in integr.* Vincent. Caroc. *tr. de loc. cond. tit. de expens. n.* 20. Voluptuariarum vero impensarum gratia neque b. f. neque m. f. poss. rem retinere licet. Struv. *Ex.* 11. *th.* 34. Cæterum quemadmodum in genere ad retentionem requiritur, ut liquidum sit debitum, vid. *th.* 23. *lit. n.* ita quoque tunc demum propter impensas locum habet retentio, si liquidæ sint, *arg. l. fin. C. de compens.* Quod si non sint liquidæ, nec statim probari possint, cautione præstita de solvendo, quando probatæ fuerint, possessio est restituenda. Struv. *Ex.* 41. *th.* 25. *add. præjudicium infr. th.* 16. *lit. a. adductum.* non præstita cautione, ad restitutionem non tenetur. Alciat. *lib.* 5. *resp. cons.* 131. *n.* 57. *arg. l. colon. ff. de vi & vi armat.* Excipit tamen Wes. *cons.* 132. *num.* 56. casum in pacto retrovenditionis, ubi rem ab emtore retineri posse putat pro impensis & melioramentis, etsi non liquidata, *arg. l.* 59. *ff. de furt. citatque* Tiraq. *de retract. conv.* §. 9. *gl.* 22. *num.* 13. *arg ex l. cum servus, in f. ff. de cond. & demonstr.* & quidem sine deductione fructuum, quas emtor jure dominii lucratus est, *arg. l.* 65. *ff. de R. V.* Quæ autem hactenus dicta de retentione ob melioramenta, sic restringe, ut non procedant (1) si impensæ in ea immodicæ sint factæ, & dominus commode solvere eas non possit, Tiraq. *de retr. conv.* §. 7. *gl.* 1. *n.* 5. Hæ enim, quoniam non sunt utiles amplius, quæ adeo magnæ, ut dominus cogatur rem habere quasi pro derelicto, in fraudem domini factæ intelliguntur, neque competit propterea usque ad plenariam satisfactionem retentio, *arg. l. in servos. ff. de pign. act. l.* 10. §. 1. *ff. de neg. gest. l.* 79. §. 1. *ff. de V. S.* Menoch. *tr. de recuper. poss.* 15. *n.* 553. *& n.* 568. (2) Si exiguæ tantum sint, & res detenta magni pretii. *arg. l.* 12. *ff. de imp. in*

res dot. Zas. *in l. divortio. n. 9. ff. sol. matr.* (3) Si in rem aliam factæ. Nam hoc casu una res pro alia retineri non potest, *arg. l.* 16. §. 4. *ff. de cond. ind. l.* 22. *ff. eod.* Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 24. *n.* 5. Struv. *Ex.* 30. *th.* 62.

λ.) Quod scil. à detentore occasione rei, quam detinet, ad dominum ejus transit, *l.* 23. §. 1. *de cond. indeb. l.* 7. §. 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. l.* 1. *C. si alien. res pign. l.* 14. *l.* 16. *C. de præd. & aliar. rer. min.* Struv. *Ex.* 21. *th.* 31.

μ.) Idque tam præsens *l.* 8. *ff. de inc. ruin. naufr. l.* 7. §. 2. *l.* 9. §. 1. 2. 3. *ff. de damn. infect.* quam imminens, *l.* 8. §. 1. *ff. de pign. act. l.* 5. §. 1. *ff. ut in poss. legat.* modo à domino rei detentæ non declinari possit, Joh. Petr. Molign. *tr. de jur. retent.*

ν.) Tam ex contractu, quam delicto. Quod posterius sic accipe, ut non ob maleficium ipsum (cujus gratia licita est retentio nondum plene probato delicto magistratui, *arg. l.* 2. *C. de his qui latr.* Bald. *in l.* 8. *C. de test. gl.* Bart. & Alex. *in l.* 16. §. 1. *ff. de quæst.*) quis, vel res sua detineatur: de hac specie detentionis enim, quæ captura vel manuum injectio alias appellari solet, agere, alienum est ab instituto nostro, vid. *th.* 11. *lit.* η. *n.* 2. sed propter pœnam forsan pecuniariam, donec solvatur. Sic jur. Sax. prov. fraudatores gabellarum, per insuetas vias transeuntes, una cum mercibus, quas vehunt, detinentur, donec dominis portorum satisfecerint, & quadruplum pœnæ loco solverint. Landr. *l.* 2. *art.* 27. add. Zobel. 13. *p.* 4. *n.* 1. 2. 5.

ξ.) Nam & quasi obligatio sufficit ad retentionem, *arg. l.* 13. §. 8. *ff. de act. emt. l.* 33. *ff. de cond. indeb.* Carpz. *p.* 3. *c.* 32. *def.* 14. Neguz. *p.* 5. *m.* 4. *n.* 3. Si vero nullo modo persona vel res detentori sit obligata, neque jus retentionis ipsi concessum erit, sed potest statim à vero domino auctoritate magistratus ex possessione expelli, *arg. t. t. ff. & C. de R. V.*

Thes. IX.

Digitized by Google

Thes. IX.

In genere igitur exercere jus retentionis licitum est non tantum cuilibet (ο) creditori (π), sed etiam aliis personis (ϱ).

Exθ.

ο.) Indistincte, cujuscunque jurisdictionis & conditionis homini in casibus permissis, contra quemlibet ibique locorum. *arg. c.* 1. 2. *&* 3. *ext. de sequestr. poss. & fruct.* modo legis prohibitio non obstet, quo minus retinere possit creditor; puta vel propter furorem. Furiosus enim quia propter mentis imbecillitatem neque velit, neque intelligat, quid agatur *arg. l.* 40. *ff. de R. J.* multo minus ad jus retentionis obtinendum capax erit. Ad pupillum vero, minorem, vel prodigum hoc extendendum non est. *arg. pr. inst. de aut. tut. l.* 7. §. 1. *ff. de resc. vend. l.* 13. §. *pen. ff. de act. emt.* §. 9. *inst. de inut. stipul.* §. 2. *Inst. quib. alien. lic. l.* 3. *C. de in integr. rest. min.* 25. *ann.* Vel (2) propter SCtum Macedonianum, quod filiifam. creditorem (sive sit privatus sive civitas) cum suis sociis & successoribus à retentione repellit. *arg. l. Nibil.* 15. *ff. ad SCt. Maced.* Vel (3) propter capitis diminutionem maximam §. 1. *inst. de cap. dim. l. fin. ff. eod.* & mediam §. 2. *inst. d. t. & d. l. fin. ff. eod.* quæ olim aquæ & ignis interdictione fiebat: hodie vero in hujus locum successit deportatio *arg. l.* 2. §. 1 *ff. de pœn. l.* 2. *ff. de publ. jud.* Wes. *π. de capit. dim. n.* 5. Ludw. *Disp.* 3. *th.* 8. *lit. b.* & illi speciei capitis diminutionis comparatur bannus. vid. Schultz. Syn. inst. de cap. dim. Banniti enim, i. e. proscripti sive excommunicati ex imperio omnes suas obligationes & actiones cum bonis suis amittunt. vid. Constit. Wormac. de pac. publ. fisco tamen, qui in bona, & sic in jura quoque banniti succedit, competere ejus nomine retentionem non dubitatur. vid. Richt. *Velit. Vol.* 1. *velit.* 16. *th.* 10.

π.) *arg. l. 1. §. cui damus. 4. ff. de superf. l. 155. ff. de R. I. c. qui agendum. ext. de proc. in 6.* rem scil. pignoratam possidenti *l. 8. §. 4. ff. de pign. act. l. 10. C. eod.* licet sit condemnatus ad restitutionem possessor, nihilominus poterit eam retinere post sententiam virtute hypothecæ, & in possessione manere. Ant. Capyc. *dec. 119. n. 1. & 12.* Neque necesse est, ut ipsi creditores in propria persona detineant; sed sufficit si eorum nomine alii; ut nomine pupilli tutor; curator, ratione minoris, prodigi, aut furiosi, *arg. pr. inst. de aut. tut. §. 2. quib. alien. lic. §. 1. & §. 5. per quas perf. l. 2. & l. 3. ff. de adm. & per. tut. l. 7. §. si tutor. ff. pro emtor.* & procurator, qui aliena negotia administrat, *l. 1. ff. de procur. l. 1. C. de acquir. poss. l. 3. §. 12. ff. eod.* Struv. *Synt. jur. civ. Ex. 41. th. 3. Ex. 42. th. 9.* Quod enim quis potest per se, potest etiam per alios. Atque hoc, quod diximus de procuratore, procedit, sive speciale mandatum habeat, sive generali mandato instructus sit. *arg. l. 41. ff. de usurpat. l. 2. ff. de jurisd. l. 51. l. 56. ff. de procur.* Bach. *ad §. 5. inst. per quas perf.* Huc pertinet, quod omnes administratores bonorum alterius, nomine principalis sui, cujus personam repræsentant, retentionem (positis ad eam requisitis) possint instituere: Bart. *in l. hoc jure. n. 3. ff. de evict. per l. 14. §. 1. solut.* Col. *proc. exec. p. 2. c. 2. n. 97.* quales sunt prælati ecclesiarum & communitatum, œconomi, & hospitalarii, *arg. l. jubemus. 14. C. de SS. eccles.*

ϛ.) Qui licet creditores non sint, modo causam habeant, ejusque titulum sufficienter probent. Richt. *Velit. 16. th. 10. Vol. 1.*

Thes. X.

In specie detentionis jure munitus est I. jure fisci magistratus, qui subditorum bona, collectas tributave (σ) solvere denegantium, vel commorantium recte detinet.

Ed.

Ex∂.

σ.) *arg. l. 7. ff. de publ. l. 39. §. 5. ibique Dd. ff. de leg. 1. l. 1. ibique gl. Bart. & Dd. C. in quib. caus. pign. vel hyp.* Neguz. *tr. de pign. m. 4. p. 2. n.* 115. Decian. *conf.* 41. *n.* 142. *Vol.* 2. Panciroll. *conf.* 119. *n.* 14. add. Klock. *de contrib. concl.* 18. Considerenda tamen facultas in exigendis tributis tam provinciarum quam civitatum, & singulorum subditorum, sic, ut ultra eorum fortunas gravandi non sint. *l. 12. C. de mun. patrim.*

Thes. XI.

II. Competit jus retentionis pupillo & minori in bonis (τ) tutoris (υ) vel curatoris, donec ipsis administrationis ratio reddita sit (φ).

Ex∂.

τ.) *arg. l. 20. C. de admin. tut.* Jur. Sax. etiam feudalibus, si non adsint vel sufficiant bona allodialia. *Ord. nov. proc. jud. t.* 45. §. ferner mercken wir. & §. *ult.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 4. n. 1. seq.* Struv. *Synt. jur. Feud. c. 14. aph. 27.*

υ.) Etiamsi mater confecto inventario gesserit tutelam, tamen mortua ea filiis & heredibus datur retentio dotis. Soc. *conf.* 180. *Vol.* 1. Nec obstat *l. un. §. taceat. C. de rei uxor. act.* quia *dict.* §. non habet locum, ubi dos est obligata per mulierem quod fit, quando mulier assumit tutelam filiorum. *l. pro officio. C. de adm. tut. l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* Neguz. *tr. de pign. p. 5. m. 1. n. 36.* Et sublatas sibi voluit Justinianus eas tantum retentiones, quæ ob liberos, res amotas, mores & expensas utiles in dotem olim fiebant. Ant. Fabr. *Cod. lib. 5. tit. 8. def. 4.* Dos enim, quoniam sub universitate bonorum mulieris comprehenditur, *arg. l. 25. ff. de jur. dot. l. 30. C. eod. l. 3. §. sed utrum. ff. de min.* merito quoque pignoris

ris jure tenetur, neque mulieri restituitur, antequam rationes reddiderit, sive ipsa agat, sive ejus heres. *arg. l. 1. ff. de pign.*

φ.) Quid vero, si mater, aut alius contutor matris nomine rationes quidem reddiderit, sed minus rite, puta in folle, *l. 82. ff. de cond. & demonstr.*? Non videntur redditæ, *arg. l. 82. ff. de cond. & dem. l. 8. §. 5. ff. de liber. leg.* quia patria sunt, facta non esse, aut minus rite facta esse *l. 6. ff. qui satisd. cogant. l. 2. ff. de aut. tut.* & propterea merito dotis restitutio denegatur. Quid, si rite, sed non recte, *l. 8. §. non quævis. ff. de bon. poss. contr. tabb.* puta, adhibitis vel omissis, quæ addi vel omitti non debuerunt? Non quidem erit ulterius retentioni locus. *arg. dd. text.* iterum tamen erunt reddendæ rationes. Ant. Faber. *Cod. lib. 5. t. 8. def.* 14. Atque hoc adeo stricte observatur, ut nec clausula constituti, apposita in contractu dotali in casum dotis restituendæ, impediat retentionem. Afflict. *decis. 139. ant. fin. Dl ad l. quod meo. ff. de acquir. poss.* Ant. Faber. *C. lib. 5. tit. 8. def.* 15. nec si redditio rationum mulier à marito in testamento forsan, vel alio modo remissa. *arg. dd. text.* quanquam tunc non adeo exacte ad eas teneatur. *l. 5. §. 7. ff. de adm. tut. l. 119. de leg.* 1. Ant. Faber. *d. l. def.* 16.

Thes. XII.

III. Huic succedit maritus, cui olim etiam dabatur retentio propter res amotas (χ): hodie vero pro consequenda donatione propter nuptias (ψ) & aliis rebus omnibus (ω) it: sumtibus in rem dotalem (α) impensis.

Ex9.

χ.) *arg. l. un. §. 5. C. de rei ux. act.* Struv. *Ex. 30. th. 63.*

ψ.) Quam Græci ἀντίφερνη i. e. mutuam quasi donationem, Germ. Gegen-Vermächtnüß, appellant, nihilque aliud est quam liberali-

ralitas, qua vir aliquid ad onera matrimonii confert, dotemque mulieris remuneratur. *arg.* §. 3. *inst. de donat.* l. 20. *C. de don. ant. nupt.* Voluitque Imp. Justinianus, hanc donationem esse specialem contractum, neque dominium, sed jus hypothecæ mulierem ob securitatem dotis consequi. *Nov.* 119. Bach. & Ludw. *ad* §. 3. *inst. de donat.* Contra distinguitur hæc donatio sponsalitiæ largitati, inter nobiles præprimis usitata, Germ. Morgengabe, *t. t. C. de don. ant. nupt. & spons.* ibique Perez. *n.* 11. Vid. Berl. *p.* 3. *l.* 28. *n.* 80. *seqq.* Struv. *Ex.* 30. *th.* 32. nec non ei donationi, qua maritus uxori donare vel ex pacto certa bona concedere solet, quibus ad vitam utatur, alias dictum dotalitium, Leibgedinge. Quod igitur dicta donatione maritus uxori dedit, mortua ea dotem tamdiu detinet, donec illi res, si forsan in alium translata, restituatur. Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 5.

u.) Quales sunt, quæ ipsi vel jur. communi, vel cujusvis civitatis vel regionis statuto (Col. *p.* 1. *c.* 2. *n.* 34. Dec. *cons.* 449. *n.* 23. Mev. *supr. alleg. loc. n.* 43.) aut consuetudine debentur. De quibus late Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 28. Col. *d. l. n.* 234. Carpzov. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 18. *n.* 2. Quod jur. Sax. provinciali præprimis ob bona mobilia, præter dotem illata, est permissum, ut docet Landr. *lib.* 1. *art.* 31. *lit. C.* ibique Zobel.

x.) Qui, si necessarii fuerint, quia ipso jure dotem minuant. *arg. l.* 3. *pr. ff. de imp. in res dot. l.* 56. §. 3. *ff. de jur. dot. l. un.* §. 5. *C. de rei ux. act.* faciunt, ut marito liceat manere in possessione dotis, donec ipsi satisfactum. *l.* 5. *pr. d. t.* §. 37. *inst. de act. l.* 30. *ff de act. emt.* Strauch. *ad univers. jus Justin. diss.* 11. *aph.* 15. *& dissert.* 18. *aph.* 1. Carpz. *p.* 2. *c.* 23. *def.* 19. *n.* 1. 2. 3. *&* 9. Hos etiam, si non deductis iis restituerit dotem, ex æquitate condicere poterit. *arg. d. l.* 5. Propter utiles vero impensas (ad quas etiam refero impensas in rem promercalem factas. *l.* 10. *ff. de imp. in res dot.* Struv. *Ex.* 12. *th.* 34. *Ex.* 30. *th.* 62.) retentio à Justiniano marito est prohibita. *l. un.* §. 3. *C. de rei. ux. act.* Strauch. *d. diss.* 3 *aph.* 15. *in f.* eique actio mandati, si voluntate mulieris; sin absque ejus consensu factæ sint, negotiorumgestorum concessa. *d. l. un.* §. 3. ibique Gyph. quemadmodum nec propter voluptuarias retentio lici-

tæ. *arg. l. 9. ff. de imp. in res dot.* etiamsi voluntate mulieris factæ sint. *l. 11. pr. d. t. l. 12. §. 11. ff. mand. l. un.* §. 5. *C. de rei ux. act.* Q. An durante retentione maritus ex bonis uxoris defunctæ sit alendus? Neg. cum B. Carpz. *p. 2. c. 25. def.* 18. *n.* 5. & Mev. *dd. art. art. 13. n.* 111.

Thes. XIII.

IV. Quemadmodum autem maritus (β) ita, propter correlationem (γ) & specialem muliebris sexus favorem (δ) uxor quoque, ejusve heres (ε), pro dote (ζ), donatione propter nuptias (η), dotalitio (θ), statutaria portione (ι), paraphernalibus (κ), cæterisque illatis (λ), aut rebus ex pactis dotalibus sibi debitis (μ), denique & alimentis (ν), omnia (ξ), bona mariti (o) tam feudalia, quam allodialia (π), sive adhuc vivat (ϱ), sive mortuus sit (σ), potest detinere (τ).

Ex 9.

β.) Vid. th. præcedentem.

γ.) *arg. l.* 3. *pr.* ubi Bart. & Jas. *C. de ind. viduit. tollend.* Vid. *infr. th.* 16.

δ.) Dan Moll. *ad Const. Sax. p. 2. c. 25. n. 6.* Myns. *cent. 6. obs.* 82. Berl. *p. 2. concl.* 32. *n.* 8 Molignat. *tr. de jur. retent. q.* 30. & 31. Rationem reddit Neguz. *tr de pign. & hypoth. m. 4. p. 2. n* 30. *seq.* nimirum cum tacita hypotheca, cujus effectus retentio, actioni, non personæ cohæreat. *l. un. § & ut plenius. ibique gl. & Dd. C. de rei ux. act.* ideo ad quosvis quoque successores una cum actione transit, *per l. un. §. illo procul. C. d. t.* si non est in causa appellationis. *arg.*

arg. l. 4. C. de temp. appell. Salyc. *in auth. Et consequenter. C de sent. & interloc.* Intelligimus autem nomine heredum non tantum descendentes, ut filii & filiæ: sed & extraneos quosvis, nisi nominatim excepti sint. *l. 7. §. ult. ff. de cond. furt.* Berl. *p. 2. c. 32. n.* 8. Favor tamen in herede, nisi sit unus ex liberis mariti, nonnihil restringitur & imminuitur, teste Jas. *in l. 1. sol. matr. n. 17.* Schneid. *ad §. fuerat. inst. de act. n. 68.* sicut etiam in cessionario. Schneid. *d. l. n.* 70. Jas. *in l. 22. n. 231. & seqq ff. sol. matr.* quorum neuter gaudet jure prælationis. *l. un. C. de priv. dot. §. fuerat. inst. de act. Novell. 91. pr. §. non enim alii.* Schneid. & Jas. *dd. loc.* aut alimenta accipit, Surd. *de alim. tit. 1. q. 44. n. 72.* quæ beneficia utique uxori competunt, ut paulo post dicetur.

(ζ.) *arg. l. 26. pr. ff. sol. matr.* Myns. *cent. 6. obs* 82. & 85. Requiritur tamen inter reliqua, ut procedat retentio (1) ut dos sit illata & numerata, non forte per maritum tantum confessata. Col. *proc. exec. p. 1. c. 2, n. 227. & p. 3. c. 1. n. 109. & 110. seqq.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 8. n. 2.* Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 13. n. 39.* quia ut accessorium non consistit sine principali. *l. 178. ff. de R. J. c. accessorium. eod in 6to.* ita nec pignus sine principali. *l. 5. C. de remiss. pign.* Attendendæ tamen sunt personæ, contra quas ad dotis restitutionem agit. Si enim à marito vel ejus herede dos repetitur, sufficit, dotem esse confessatam, ad retinendum: non autem firmiter confessio mariti probat, si contra reliquos creditores agatur, Schurff. *cons. 22. n. 1. 3. & 4. cent. 1.* qui præter syngrapham debitoris plures probationem afferre possunt: procedit autem adhuc contra creditores retentio, si sola debitoris syngrapha nitantur. Myns. *cent. 1. obs. 61.* Wes. *cons. 50. n. 25.*

(η.) *arg. l. maritus. ubi gl. & Dd. C. de proc. l. ubi adhuc. cum Auth. seq. C. de jur. dot. §. fuerat.* ibique Schneid. *Inst. de act. junct. l. 25. in f. l. 26. ff. de proc. l. 33. ff. de cond. indeb.* Ant. Fab. *C. l. 3. tit. 22. def. 15. n. 2.* Wes. *cons. 50. n. 23.* Hartm. Pistor. *q. 4. n. 32.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 10. n. 2.* Rauchb. *q. 33. n. 22.* Berl. *p. c. 32. n. 5.*

(θ.) *arg. l. 29. C. de jur. dot.* Idem Jur. Sax. obtinet, ut mulier habeat jus retentionis in omnibus bonis mariti, donec sibi constitutum sit dotalium, cum cibariis domesticis, & gerada. *Novell. Elect.*

Sax. Aug. p. 2. c. 25. & p. 2. c. 42. Wes. *conf. 176. n. 70. & conf. 77. n. 9. p. 2.*

ι.) Statutariam portionem voco eam, quam uxor in Saxonia ex constit. Elect. Sax. aliove jure statutario alibi ex bonis defuncti mariti, si velit, lucratur. *Const. Elect. p. 2. c. 25. & p. 3. c. 20.* ibique Carpz. *def. 9. n. 1.* Landr. *lib. 1. art. 22.* add. Mev. *d. l. art. 13. n. 34.* Ubi enim dos major est ista portione, consultius erit dotem repetere, & statutariam portionem relinquere, propter quam, cum succedat in locum dotis, mulier cogitur dotem suam, cæteraque bona omnia illata marito conferre. *const. 20. p. 3.* ibique Carpz. *def. 9.* Col. *p. 1. decis. 62.* Idem etiam de dotalitio intellectum volo. *const. 41 & 44. p. 2. gl. art. 21. l. 1.* Landr. Wes. *conf. 50. n. 24. in f. conf. 77. n. 7. & 8.*

κ.) Carpz. *p. 2. c. 24. def. 3. n. 2. Ord. Nov. jud. proc. tit. 43.*

λ.) *l. fin.* ibique Jas. *C. de pact. conv.* Myns. *cent. 5. obs. 4. & c. 6. obs. 45. n. 2.* Rauchb. *p. 1. q. 33. n. 27.*

μ.) *arg. l. 29. C. de jur. dot.* Matth. Col. *proc. exec. p. 1. c. 3. n. 241.* Wes. *conf. 50. n. 26.*

ν.) Debentur enim ipsi, ejusque familiæ necessariæ (ministris scil. & famulis servientibus) *gl. in auth. Habita. C. ne pat. pro fil.* Bald. & Rebuff. ex bonis mariti alimenta, pro quibus jure retentionis uti potest. Col *proc. ex. p. 1. c. 2. n. 224. Nov. Aug. p. 2. c. 25. sub fin. ps.* und ihre Unterhaltung haben. ubi Moll. *n. 5.* Landr. *lib. 1. art. 22. & 45. ubi gl.* Berl. *p. 2. c. 32. n. 21.* Carpz. *Resp. 58. lib. IV. tit. 8. n. 19. seq.* Surd. *de aliment. t. 5. q. 2. pr.* etiamsi aliunde habeat, unde sustentari possit. Myns. *obs. 64. cent. 1.* Guid. Pap. *conf. 117.* Wes. *conf. 5. n. 22. & 28.* Quod si nimis laute vivat, in dotem imputatur. *arg. l. 1. §. mulier autem. ff. de ventr. in poss. mitt. l. 5. §. 3. de carbon. edict.* Weichb. *art. 27. vers.* hat ihr aber. Carpz. *p. 2. c. 25. def. 12. n. 6. & 7.*

ξ.) Quod sano sensu acceptum volo, ut tunc omnia mariti bona detinere possit, si illorum æstimatio concurrat cum debito: absque hoc si erit, tantum ex illis eligere licet quantum debito respondeat, atque necessariam sui suorumque sustentationem sufficit. *arg. l. 11. §. 5. ff. de pign. act.* Vid. post Alex. *conf. 142. n. 15. vol. 5.*

Neguz.

Digitized by Google

Neguz. *d. tr. m.* 1. *p.* 5. *n.* 3. *& m.* 3. *p.* 5. *n.* 5. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 224. Berl. *p.* 2. *Concl.* 32. *n.* 20. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 11. *n.* 7. Jus interim tacitæ hypothecæ nihilominus in universis mariti bonis durat. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 11. Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 224. Gail. *obs.* 92. *n.* 12. *&* 13. *lib.* 2. Q. I. An jus retentionis uxori nobili in commestibilibus quoque competat? Negat hoc Berl. *p. c.* 48. *n.* 45. Q. II. Quid obtineat, si mulier bona supra debiti quantitatem retinuerit? Tunc rationes reddere heredibus mariti cogitur, fructusque, quos præter alimenta percipit, eis vel restituere, vel in dotem imputare. Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 224. Rauchb. *q.* 33. *n.* 34. Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 22. *&* 24. add. Bl. *in l.* 15. *C. de non num. pec.* nisi reperiatur vel in damno emergente. Neguz. *d. tr. p.* 5. *m.* 5. *n.* 17. vel in lucro cessante. Neguz. *d. l.* Berl. *concl.* 32. *n.* 26. *&* 27. *p.* 2. Propterea autem reddit fructus superfluos, quia hoc jus nihil aliud est quam tacitum quasi pignus, quod mulier in bonis mariti habet. Jac. Schultz. *in add. ad Mod. Pist. q.* 120. *n.* 22. *p.* 3. Debet igitur inventarium conficere, vel deficiente eo jurato rationes reddere. *l.* 2. *§. in exigendis. C. quando & quib. quart. pars.* Col. *d. l. p.* 1. *c.* 2. *n.* 233. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 14. *n.* 6. Landr. *l.* 1. *art.* 52. *§. ult. ibi*: Das Weib antwortet. Cæterum nonnunquam, pendente forte inter viduam & hæredes vel creditores lite, curator ipsi adjungi solet, salvo tamen retentionis jure, quod ipse impedire non potest; sed administrationi, prout commodum creditoribus fore, ipsi videtur, incumbat, & uxori tribuat, quæ ipsi debentur. Col. *tr. de alim. l.* 1. *c.* 11. *n.* 67.

s.) Excluduntur ergo ea, quæ mariti non sunt: ut puta, quæ maritus alieno nomine possidet titulo depositi, commodati, aut in quibus tantum tempore vitæ usumfructum habet, &c. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. *n.* 2. Ruin. *cons.* 91. *n.* 4. Magon. *decis.* 64. *n.* 7. *seq.* Mev. *d. l. n.* 37. add. Vincent Caroc. *decis.* 21. *n.* 19. *seqq. plures restrictiones suppeditantem.*

t.) *arg. l.* 29. *C. de jur. dot.* Bald. *in l. pen. n.* 2. *de pign. act. gl. in l. un. etiam ob chirogr.* Salyc. *in l. ult. C. comm.* Balb. *tr. de dot. p.* 8. *q.* 6. *n.* 21. Neguz. *d. tr.* 5. *p. m.* 2. add. *Const. Elect.* 33. *p.* 3. Carpz. *p.* 2.

C. 25. *def.* 8. *n.* 6. Landr. *lib.* 1. *art.* 22. *gl. art.* 45. *eod. libr.* Rauchb. *p.* 1. *q.* 33. *n.* 32. *seqq.* Hartm. Pistor. *p.* 1. *q.* 4. *n.* 32. Habet enim jur. civ. mulier pro dote tacito nexu obligata omnia bona mariti *arg.* §. *fuerat.* ibique Ludw. *& Dd. inst. de act. l. fin. C. qui pot. in pign. l.* 29. *l.* 30. *C. de jur. dot. t. t. ff. & C. de pign. & hypoth. l. un. & ut plenius. C. de rei ux. act.* Mynf. *cent.* 6. *obs.* 45. *n.* 1. Wes. *cons.* 50. *n.* 23. exceptis feudalibus, quia illo jure nulla hypotheca absque domini consensu valet. *II. f.* 55. *&* 8. §. *ult.* Struv. *Syntagm. jur. Feud. c.* 13. *aph.* 7. *c.* 14. *aph.* 27. præprimis, quia nullibi in jure feudali taciti pignoris fit mentio: ideoque jus pignoris, legibus civilibus introductum, ad feudalia bona non est trahendum. Roman. *in l. si constante. n.* 32. *ff. de sol. matr.* Idem quoque Jur. Sax. constitutum *p.* 2. *c.* 25. *ibi:* Unsere Räthe, Juristen, und Facultäten *rc.* *it. ord. jud. tit.* 4. §. Es ist aber. Singulari tamen privilegio ut in aliis quibusdam causis; ita & propter dotem taccita hypotheca in feudalibus concessa: *c.* 25. *p.* 2. *vers.* Allein wo sichs begebe. ubi Moll. & Carpz. *def.* 2. *ord. nov. proc. jud. t.* 45. §. Jedoch wo sichs begebe. Incipit autem tacita ista hypotheca à die nuptiarum, & tempore contracti & consummati matrimonii, tam jure civili *arg. l.* 1. *ff. qui pot. in pign. l. un.* §. 1. *ibi: Vel promittatur vel suscipiatur. C. de rei ux. act.* Berl. *d. c.* 80. *p.* 2. *n.* 7. quam jure Sax. Electorali. *Nov. Aug. p.* 2. *c.* 24. *ibi:* Wenn die Ehe mit dem Kirchgange vollzogen. ubi Dan. Moll. *n.* 1. *seq.* & Carpz. *def.* 1. *n.* 4. Proceß-Ordnung. *Joh. Georg. I.* Von Gläubigern, welche neben der dinglichen Gerechtigkeit. *t.* 43. *cbl.* 1. §. welch der Weiber Recht. Jur. Sax. prov. post conscensionem thalami demum tacitam hypothecam uxor in bonis mariti consequitur. Quia enim dos non subsistit, antequam contractum matrimonium. *l. ult. C. de don. ant. nupt. l.* 3. *l.* 68. *ff. de jur. dot.* sequitur, neque subsistere hypothecam tacitam, quæ propter dotem competit. Transcensionem autem thalami ad perfectionem matrimonii requiri, patet ex text. Landr. *art.* 45. *l.* 3. add. Moll. 3. *Semestral.* 23. Ratione donationis propter nuptias, ne quidem in allodialibus bonis mariti tacita hypotheca uxorem gaudere, scias: sed referri inter chirographarios, *per ord. nov. proc. jud. c.* 45. §. so wollen wir. Carpz. *p.* 2. *c.* 24. *def.* 6. *c.* 25. *def.* 2. *in f.*

4.) Et

q.) Et ad inopiam vergat. *arg. l. ubi adhuc. C. de jur. dot. l. in rebus. C. eod.* Wes. *conf.* 50. *n.* 23. Rauchb. *q.* 33. *n.* 23. aut, ut Bart. *in d. l.* 24. *sol. matr. n.* 24. vult, jam tempore contracti matrimonii inops fuerit, non ignota etiam uxore. Quid, si non culpa, sed casu, per naufragium forsan, aut aliud infortunium ad inopiam esset redactus? Vid. Ripens. *ad l.* 24. *ff. solut. matr. n.* 37. Notandum interim, quod uxor sub hac retentione tantum alimenta quærat, non dotis restitutionem. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 11. *n.* 6. Rauchb. *d. l.* Et si propterea retinere vellet bona mariti, requirebatur olim, ut evidentissime apparuit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. Puta, si neque tempus, neque finem impensarum superfluarum faciat. *arg. l.* 1. *ff. de cur. fur. l* 24. *ff. sol. matr.* ibique Gothofr. *lit. u.* vel ære alieno gravetur *d. l. si constante. ff. sol. matr.* Hering. *de fideic. c.* 6. *n.* 84. Gail. *obs* 83. *n.* 2. *lib.* 2. Hodie satis est, si inchoaverit, male substantia uti. *Nov.* 97. *c. illud.* 6. *pr.* Gothofr. *ad d. l.* 24. *sol. matr. lit. X.* Uxores autem, quæ avocant sibi debita *l. si cum dotem.* §. *si maritus. ff. d. t.* Suarez. *in th. comm. opin. lit. B.* tenentur nihilominus maritos alere. *l.* 73. §. *manente ff. de jur. dot. l.* 22. §. *si autem. ff. sol. matr. Auth. Præterea. C. unde vir & ux.* Clar. *lib.* 5. *sent.* §. *fin. q.* 82. *n.* 11. Quippe securitati illarum tantum consulitur, jus autem matrimonii non tollitur, quod facit ut quemadmodum onera ex bonis uxoris ferre. *l.* 2. *C. de jur. dot.* ita egens alimenta quoque accipere debeat. *arg. dd. text.* Denique, an, si ob inopiam mariti uxor dotem avocaverit, maritus, ad opimiorem fortunam reversus, ad restitutionem illius agere possit? vid. Gail. 2. *obs.* 85. *per tot.*

r.) Nam tunc retentione poterit se tueri tam adversus hæredes, quam creditores. Illos facio duplicis generis. Aut enim succedunt liberi, & tunc mater in communione bonorum cum illis manet, absque illorum præjudicio, donec ad divisionem justa ex causa provocetur, quam, donec sibi satisfactum, impedire potest. Cothom. *conf.* 69. *n.* 29. *Vol.* 2. Jas. *conf.* 6. *n.* 1. & 2. *vol.* 1. Aut extranei, ubi retentione ipsos potest impedire, ne ante solutum debitum bona occupent. Habitationem tamen in fundo hereditario heredibus concedendam esse, cum Mev. *ad Jus Lubec.*

lib. 1.

lib. 1. *tit.* 5. *art.* 13. *n.* 13. statuimus. Consentit Landr. *l.* 1. *art.* 22. *ibique gl.* Wes. *cons.* 77. *n.* 9. *in f.* Creditores, quod attinet, non possunt hi immissionem vel executionem bonorum impetrare, antequam receperit uxor illata.

τ.) Licet jur. Sax. imprimis provinciali, jam tum adierit hereditatem. Huic enim poterit abdicare, atque bonis mariti jure retentionis insistere. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 73. *n.* 14. Wes. *Vol.* 1. *cons.* 18. *n.* 86. Struv. *Ex.* 34. *th.* 33. Aliter jure civili *arg. l. fin.* §. 9. *C. de jur. deliber.* Et quando vel vi ex possessione dejiciatur, vel blandis creditorum sermonibus commota discesserit, possessio ipsi restituenda erit. Dec. *cons.* 400. *n.* 6. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 219. Berl. *p* 2. *concl.* 32. *n.* 4. Carpz. *p* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 1. quia nemini possessio sua sine plena causæ cognitione extrajudicialiter debet auferri. *l.* 3. *C. ut nem. priv. l.* 6. *C. ad L. Jul. de vi publ. l.* 1. *l. ult. C. si per vim vel alio mod.* modo velit possidere jure retentionis: alias ei remedium recuperandæ possessionis non datur; sed necesse est ei, remedio *l. dotis actio. C. sol. matr.* experiri Molign. *tr. de jur. ret. q.* 20. *col.* 6. Prudenter autem agit, si heredibus significet, ut bona mariti jure retentionis, pro sua dote, vel aliis rebus possidere velit: præcise tamen non requiritur, quia publica lege licita est retentio, atque confirmata. Dec. *cons.* 400. *n.* 5. *seqq.* Bursat. *cons.* 8. *n.* 15. *lib.* 1. add. *th.* 22. *lit.* β. Quemadmodum nec jure communi cogi potest, si ipsi de debito fidejussoribus vel pignoribus cautum fuerit, ut abstineat à retentione. *arg. l.* 16. §. 14. *ad SCt. Trebell.* est enim incerta cautio. *l.* 6. *ff. quod fals. tut.* Jas. *in l. si constante. n.* 17. *ff. soluto matr.* Gail. 2. *obs.* 83. *n.* 7. Non obstante, quod prævisio hominis tollat prævisionem legis. *arg. l. fin. C. de pact.* quia regula cessat, si hæc magis proficua & pinguior est illa. vid. Berl. *p.* 2. *concl.* 32. *n.* 14. pluribus rationibus sententiam nostram firmantem. Jac. Schultz. *in not. ad Medest. Pistor. q.* 48. *n.* 55. *p.* 1. Bald. *Novell. tr. de dot. p.* 6. *priv.* 68. *n.* 2. Gabriel. *in tr. comm. opin. tit. de R.* L *concl.* 8. Secus se habet jure Sax. tam Electorali, ut patet ex *Const.* 25. *p.* 2. ibique Carpz. *def.* 17 *n.* 3. Add. Moll. *p* 2. *c.* 24 *n.* 9. quam provinciali, *per text. expressum in* Weichb. *art.* 24. *sub f.* Sed quæritur: An mulier, quæ

Digitized by Google

quæ nec habet clausulam constituti, nec est in corporali possessione bonorum mariti, pro dote, vel aliis rebus bona mariti sine consensu heredum occupare possit? Negat hoc post Molignatium *tr. de jur. ret. q.* 10. & 21. Faber. in *lib.* 5. *C. t.* 8. *def.* 9. quia nec bona dotalia ita occupare ipsi liceat. *arg. l.* 9. *C. sol. matr.* in quibus tamen plus juris habeat: sed si occupet, vim facere dicatur. *l.* 13. *quod met. caus. l.* 1. *ff. quor. leg. l.* 3. *C. de pign.* nisi maritus sine herede discesserit, aut talem heredem reliquerit, qui propter absentiam aliamve causam, non facile conveniri possit. *arg. l. ult. §. ubi autem C. de bon. quæ lib.* Id quod, si jure civ. admittamus, non tamen jur. Sax. procedit. Cum enim uxor vivente marito jure familiaritatis, *l.* 41. *ff. de acquir. poss.* Dec. *consf.* 400. *n.* 5. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 1. possessionem usumque communem omnium bonorum habeat, per *const.* 25. *p* 2 Landr. *l.* 1 *art.* 31. *pr. art.* 35. *inf. pr.* propria auctoritate eam defuncti mariti bona esse apprehendere, iisque tanquam pignori incumbere, non dubitamus cum Carpz. *lib.* 4. *resp.* 19. *n.* 13. *tit.* 3. Hartm. Pistor. *obs.* 157. *n.* 2. Bart. *in l. si filio. pr. ff. sol. matr.* Bald. *in l. pen. C. de non num. pec.* Jas. *in l.* 26. § 4. *ff. de cond. indeb.* Cæterum uxor ratione dotis vel dotalitii (non vero ratione bonorum paraphernalium, vel aliorum, Mynf. *cent.* 6. *obs.* 45. *n.* 2. Wes. *cons.* 50. *n.* 27. *in f.*) gaudet jure prælationis contra creditores, secundum communem Dd. opinionem etiam anteriorem hypothecam expressam habentes. *arg. l.* 12. *qui pot. in pign.* Mynf. *cent.* 4. *obs.* 13. Ludw. *ad* §. 29. *Inst. de act.* sive dos in rem mariti versa sit, sive non. *l.* 21. §. 1. *C. qui pot. in pign.* Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 61. Æquius tamen est, ut præferatur creditoribus, expressam posteriorem vel anteriorem tacitam habentibus. Neque enim doti ita favendum, ut aliis injuriam faciamus. Vid. Petr. Gudel. *comm. de Jur. noviss. l.* 4. *c.* 18. *n.* 18. *seq.* Quod & præprimis Jur. Sax. introductum per *const.* 28. *p.* 1. *Ord. nov. proc. t.* 43. *pr. vers.* aber gleichwohl nicht denjenigen. Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 64. *n.* 3. Gail. 2. *obs.* 25. *n.* 10. Zas. *n.* 22. Jas. *n.* 72. Schneid. *n.* 58. *ad §. fuerat. inst. de act.* Wes. *cons.* 50. *n.* 34. Fructus tandem ex operibus artificialibus (quo refero utensilia Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 228. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 15. *inf.*) sibi;

sibi; ex officialibus, deductis expensis, heredibus acquirit. Peck. *de testam. conjug. l. 5. c. 25. n. 5.* Neguz. *d. tr. p. 5.* neque tenetur ad præstationem collectarum; sed ad eam heredes mariti sunt obstricti. *l. 4.* ubi Bart. *C. de agric. & cens. l. 7. ff. de publ. l. 1. vers. fructus. C. de ann. & tribut.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 27. n. 1. seqq.* Quæstio adhuc restat: An jus retentionis in vidua per secundas nuptias finiatur; aut an istæ ad transsactionem viduæ cum heredibus sint suspendendæ? Et meminit sæpius dictus Mev. *ad jus Lubec. l. 1. art. 13. n. 101.* exempla utroque modo facta; nos cum dicto autore de eo ita sentimus: quod si debitum viduæ sit liquidum, heredes istud aut solvere, aut retentionem ulteriorem pati cogantur, acceptis à vidua inventario & rationibus. Sin illiquidum, ad cautionem accipiendam, & liquendum debitum adigatur. Nam ut lædi heredes iniquum, ita ante satisfactionem eam expelli nimis injustum foret. Mev. *d. l.*

Thes. XIV.

V. His adde Dominium feudi (φ), Vasallum (χ), ejusque filias (ψ), dominum prælii locati (ω), emphyteutam (α), venditorem & emtorem, (β) stabularium (γ), creditorem pro usuris (δ), possessorem prædii, quod à pignore liberavit; creditorem, qui vel creditoribus hæreditariis aut legatariis satisfecit (ε), vel pecuniam per procuratorem accepto pignore tradidit (ζ), vel ad exequias sumtus subministravit (η).

Exϑ.

φ.) Nisi feudum totum, vel ex parte venditur. Boer. *cons. 42. n. 1.*

χ.) 6.

χ.) *c.* 1. §. 1. *si vasall. tit. hic fin.* Paris. *cons.* 2. *n.* 31. *vol.* 1. *cons.* 28. *n.* 4. *cons.* 55. *vol.* 3. Ruin. *cons.* 14. & 24. *n.* 10. *vol.* 1.

ψ.) Utpote quæ Jur. Sax. si parentum suorum hereditas non sufficiat ad elocationem honestam, ex bonis etiam feudalibus cedere, cogi nequeunt, antequam frater vel agnatus eas dotaverit. *Const. Elect.* 46. *p.* 2. ubi Moll. *n.* 13. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 4. *n.* 7. *Ord. nov. proc. jud. t.* 45. §. Es trägt sich auch ꝛc. Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 29. licet nuptiarum conditio nondum extiterit. Mev. *d. l. art.* 13. Carpz. *dec.* 3. *p.* 6. *de oner. feud.* Idem beneficium filiabus, pro legitima, ex novis feudis præstanda, tribuendum erit. Carpz. *d. dec.* 3. *p.* 6. Hartm. Pist. *q.* 38. *n.* 63.

ω.) *arg. l.* 4. *ff. de pact. l.* 9. *l.* 2. *quib. caus. pign. vel hypoth.* cui permissum est, res invectas conductoris (finito conductionis tempore) pro mercede non soluta. *l.* 34. *ff. de damn. inf. l.* 54. §. 1. *ff. locat. l.* 11. §. 5. *ff. de pign. act. Auth. Et qui bonis. C. de bon. aut. jud. poss.* interesse, & deterioratione, *arg. l. un. C. etiam ob chirogr. l.* 2. *ff. in quib. caus. pign.* propria auctoritate detinere, eumque possessione ejicere, Bart. *in l.* 5. *C. in quib. caus. pign. tac. n.* 1. Bald. *in l. certi juris. ff. locat.* Tutius tamen procedit, si per officiales judicis eum expellendum curat, per ea quæ habet Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 128. & 129. Rebus autem conductoris æstimatis, quantum prævalent debitum conductori est restituendum. *l.* 15. §. *si res. ff. de re jud.* Seb. Med. *tr. de compens. p.* 2. *q.* 16. *n.* 16. qui intelligit conductorem ad longum tempus. Atque quod dictum de conductore, extenditur etiam ad studiosos, quorum libros, si alia deficiant bona, donec ædium dominis solvant mercedem habitationis, detinere licet. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 20. *n.* 8. & 9.

α.) Pro credito, quod habet de re emphyteutica, licet finita emphyteusis; adeo, ut nec compensatio fructuum ipsi objici possit. *arg. l. pen. pr. ff. loc. l.* 43. §. 1. *ff. de leg.* 1. Jas. *in l.* 2. *n.* 27. *C. de jur. emphyt. Auth. qui rem. C. de S. S. Eccles.* Dec. *cons.* 439. *c.* 518. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 7. *n.* 12. Si creditum exceptione elidi potest, ut, quia emphyteuta cecidisset ob culpam, vel esset creditum non rite factum, retentio non habet locum. *arg. l. jubemus.* § *sane. C. de S. S. eccles.* Ruin. *cons.* 24. *n.* 10. *Vol.* 1. Tiraq. *tr. de retr.*

conv. §. 7. Idem si aliter conventum. Parif. *conf.* 33. *n.* 50. *Vol.* 1.

β.) Ille quidem rem venditam, donec sibi solvatur integrum pretium. *l.* Julianus. §. *offerri. ff. de act. emt. l.* 22. *ff. de hered. vel act. vend.* Gail. 2. *Obs.* 15. *n.* 3. etiam si unius nummus illi deesset. Bald. *in l.* 75. *ff. de contrab. emt. & in l. fin. C. com. mend. arg. l.* 22. *ff. de her. vel act. vend. l.* 31. §. 8. *ff. de adil. edict.* Sed postquam tradidit, fidemque de pretio habuit (quod fit, si diem solutioni statuit, non si simpliciter rem emtori tradit. *arg. l.* 5. §. *pen. ff. de tribut. act.* Bach. & Wes. *ad* §. 41. *Inst. de rer. div.* add. Petr. Gilken. *ad d.* §. *n.* 2. *& seqq.*) retentio non procedit. Gail. *d. l.* Hic vero retinet pretium, donec sibi tradatur res vendita. *l.* 13. §. 8. *ff. de act. emt.*

γ.) Potest quippe hic pro hospitatione nocturna & alimentis præstitis detinere jumenta, vel alias res illatas. *l.* 4. §. 1. *in quib. cauf. pign. ibique* Bart. Hinc hospitantem, cauponem, nautam & similes personas jure prælationis gaudere volunt. *arg. l.* 5. *& 6. qui pot. in pign.* idque propter utilitatem publicam. Neguz. *d. tr.* 5. *p. m.* 4. *num.* 15.

δ.) *arg. l.* 11. §. 3. *ff. de pign. act. m.* nudo pacto promissis, & eo nomine pignore certo tradito. Cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint. *l.* 4. *& l.* 22. *C. de usur.* Bach. *l.* 2. *disp.* 3. *th.* C. Struv. *Ex.* 26. *th.* 42. modo usuræ sint legitimæ. *l.* 27. §. 1. *C. d. t.*

ε.) *arg. l.* 17. *l.* 53. *ff de pet. bered. l.* 5. *C. eod.* Struv. *Ex.* 30 *th.* 62. Illum enim, nisi pecunia cum usuris medii temporis (quod intercessit à die solutionis ad diem vindicationis) restituatur, nemo ad restitutionem cogere poterit. *arg. l.* 65. *de R V.* Struv. *Ex.* 41. *th.* 32. licet sit negotiorum gestor. *arg. l.* 1. *pr. ibique* Bart. *quib. mod. pign. solv.* Neguz. *m.* 3. *p.* 5. *n.* 6. *d. tr.* Struv. *Ex.* 26. *t.* 24.

ζ.) Pecuniaque versa sit in utilitatem illius, ad quem pignus pertinet. *l.* 1. *C. si abs. res pign. dat.* Neguz. *tr. de pign. m.* 3. *p.* 5. *n.* 6. Qua ratione etiam contra civitatem pignus retineri potest. *arg. l.* 27. *ff. de reb. cred. l.* 1. *ff. de pign.* Creditor præterea, si plura habens pignora ab eodem, unum eorum vendat, emtorique evictionem promittat; potest retinere alia pignora, donec debitor caveat, se

Digitized by Google

se velle eum indemnem conservare à dicta promissione evictionis. *gl. in l. si necessatias. §. 1. ff. de pign. act.*

η) Bart. *in l. 5. C. in quib. caus. pign. tac. arg. l. 4. C. de pet. hered.* Et collocatur talis creditor in concursu creditorum statim sub primam classem, dotique præfertur. Carpz. *p. 1. c. 28. def. 12. n. 1. seq.*

Thes. XV.

Sequuntur nunc ii detentores, quibus quidem neque expresso neque tacito (θ) pignoris jure prospectum: propter impensas (ι) tamen, vel laborem (κ) in rem ipsam factam ad retentionis beneficium confugere permissum. Hisque, si semel rem è manibus, ante solutionem dimisere, nullum (λ) superest remedium.

Ex9.

θ.) *Vid. th. 9. lit. ε.*

ι.) *De quibus late dixi th. 8. lit. κ.*

κ.) Quia autem opera in re æquiparatur impensis in rem factis *l. 26. §. 4. ff. de cond. indeb.* merito quoque justam retentionis causam tribuit. Nec enim absurdum, retentionem competere sine pignore. *l. 33. ff. de cond. indeb. l. 26. §. 4 ff. eod. l. 55. ff. de leg. 1. l. 4. C. de usur.* Sebast. Medic. *tr. de compens. p. 2. q. 6. n. 13.* Ant. Capyc. *decis. 119. num. 8.*

λ.) *l. 48. ff. de R. V. l. 14. ff. de dol. mal. l. 33. l. 51. ff. de cond. indeb. l. 14. §. 1. ff. comm. div. l. 1. §. 5. ff. uti poss.* Strauch. *ad Univ. jus Justin. Diss. 18. aph. 1.* Retinere enim est commodum possessionis, quam, ubi amiseris, tibi imputes, quod non diligentior fueris in retinendo. *arg. l. 203. ff. de R. I.* Ob æquitatem tamen in foro contrarium observatur, ita ut impensas vel pretium ob laborem

condicere possis, *teste* Struv. *Ex.* 11, *th.* 34. Neguz. *d. tr. m.* 4. *p.* 5. *n.* 9.

Thes. XVI.

Tribuitur autem retentionis jus impensarum gratia imprimis I. Vasallo (μ), II. emphyteutæ (ν), III. colono (ξ), & conductori (ο), IV. commodatario (π), V. usufructuario (ρ), VI. spoliatori (σ), VII. heredi fideicommissum restituturo (τ), VIII. illi, qui alterius agrum consevit (υ), vel plantas in alienum fundum posuit (φ).

Exθ.

μ.) Ejusque heredibus. Col. *proc. ex. p.* 3. *c.* 2. *n.* 309. *arg. l.* 5. *ff. de imp. in res dot. l.* 14. *ff. de dol. mal. l.* 20. *ff. de acquir. poss.* add. *th.* 13. *lit.* ζ. Nec enim consultum possessione relicta personali actione adversus novum possessorem ad refusionem sumtuum experiri, cum pinguius sit remedium petitione retentio. *l.* 58. §. 3. *ad SCt. Trebell. l.* 77. *ff. de leg.* 2. Carpz. *p.* 3. *c.* 32. *def.* 14.

ν.) Nisi sit emphyteuta ecclesiæ, & canonem intra biennium non solverit. Tunc enim ad totius temporis pensionem & læsionem præstandam poterit adigi, nec repetere id, quod propter meliorationes impendit. *arg. Auth. Qui rem hujusmodi.* C. *de S. S. eccl.*

ξ. & ο.) *arg. l.* 55. §. 1. *ff. locat. l. colonus. ff. eod.* Jas. *in auth. qui rem. n.* 9. *C. de S. S. eccl.* Alciat. *resp.* 20. *n.* 8. & *c.* 20. *in f.* Correlatorum enim una ratio. *l. fin. C. de ind. vid. toll. l. un. C. de cupress. l.* 1. *ff. de imp. in res dot.* add. *th.* 13. *lit.* γ. & *th.* 14. *lit.* ω. Potest igitur vel prædio conducto insistere, vel istas de mercede, si quam adhuc debet, deducere. *l. colonus. ff. de vi & vi arm. l.* 18. §. 2. *ff. comm. junct. l.* 20. *ff. de acquir. possess.* Struv. *Ex.* 24. *th.* 11. Col. *proc. exec. p.* 1.

p. 1. *c.* 2. *n.* 240. Sic computet conductor in pensionem impensas factas in purgando puteo viciniæ, via ante domum melioranda. Jas. *auth. qui rem. C. de S. S. eccles.* Roland. *cons.* 83. *vol.* 4. item sumtus metatorum (was bey Einquartirung aufgewendet) Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *def.* 15. Tabor. *comm. de metat. & epidem. p.* 3. *c.* 3. *n.* 17. Non procedit in conductore mal. f. quoad utiles impensas. Seb. Med. *tr. de compens. p.* 1. *q.* 22. Vincent. Caroc. *tr. de loc. & cond. p.* 3. *tit. de expens. n.* 7. neque si fecerit impensas, quæ pertineant ad culturam fundi, e. g. expensæ arandi, serendi &c. licet sit b. f. conductor. Castrens. *cons.* 270. *l.* 2. Denique non obtinet in impensis colligendorum fructuum gratia factis. Afflict. *decis.* 252. *col.* 4. Tiraq. *de retr. conv.* §. 15. *gl.* 1. *n.* 19. Sub prætextu autem dominii vel incertarum meliorationum rem detinere, conductori prohibitum est; sed si res conductionis titulo ad eum pervenit, debet prius possessionem restituere, & tunc de proprietate vel meliorationibus litigare. *l. si quis.* 25. *C. de loc. cond. junct. l.* 11. §. 1. *ff. eod.* Ita quoque pronunciatum nuper Jenæ in judicio Curiæ Sax. term. Egid. anno 1668. in causa der J. E. zu A. contra C. B. M. Auch Beklagter den neuen Pachter an der Felder Winter-Bestallung ungehindert zu lassen, das Ritter-Gut nunmehr zu räumen, und solches ihme, Inhalts des Pacht-Brieffes, zu übergeben schuldig, und wird Beklagter mit denen angegebenen Meliorationen zur Commission, so er gehörigen Orts binnen Sächs. frist gebührend zu suchen verbunden, billich verweisen ꝛc. V. R. W. Conductor vero (vel ejus heres) si domino, eam recuperare volenti non restituerit, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverit, non solum rem locatam, sed etiam æstimationem ejus locatori ad similitudinem invasoris alienæ possessionis *l.* 10. *ff. de vi & vi arm.* præbere, compelli potest. *l. conductores.* 34. *C. loc. l.* 30. §. *fin. ff. de contr. emt.* Struv. *Ex.* 24. *th.* 18.

x.) *arg. l.* 18. §. *ult. ff. commod. l.* 17. *in f. ff. de acquir. poss l.* 15. §. *fin. l.* 59. *ff. de furt. junct. l.* 7. §. 1. *ff. commod.* Propter aliud autem debitum, quod non ex obligatione commodati secundaria, sed ex diversa causa venit, restitutio rei commodatæ non recte recusatur, ut cum Struv. *Ex.* 19. *th.* 12. loquar. *arg. l. fin.* ibique Bart. *C. commod.* Ratio est, quia res commodata manet in dominio

Digitized by Google

minio actoris. *l.* 8. *l.* 9. *ff. commod.* & compensatio inter rem commodatam locum non habet, nisi æstimatio loco rei commodatæ veniat restituenda. *arg. l.* 11. *C. depos. l. fin. pr.* & §. 1. *C. de compens.* Donell. *in d. l. ult. C. comm.* Struv. *d. l. th.* 12.

ς.) *arg. Auth. nunc si heres. ibique gl. C. de litig.* Gozad. *cons.* 94. *n.* 38. Soc. *jun. cons. fin. n* 40. *vol.* 1.

σ.) Præsertim si impensæ, in rem spoliatam factæ, in continenti probari possint. Menoch. *in tr. de recuper. poss. rem.* 15. *n.* 568. Gail. 2. *obs.* 12. *n.* 6.

τ.) Donec reficiantur sibi impensæ factæ in litigando & melioramentis; nec istæ debent compensari cum fructibus perceptis. Petrus de Benint. *decis.* 77. Cagnol. *in l.* 2. *n.* 154. *C. de resc. vend.* Bald. *in l. fin.* §. *in compens. n.* 3. *C. de jur. delib.*

υ. & φ.) Bona fide. *arg. l.* 9. *pr. ff. de acquir. rer. dom.* §. 32. *Inst. eod. l.* 11. *C. de R. V.* Sin m. f. ratione segetis vel plantæ non competit retentio. *l.* 11. *C. de R. V. l.* 14. *ff. de donat.* à fructibus tamen perceptis etiam m. f. sator sive plantator, contra dominum, rem vindicantem, deducere potest. Struv. *Ex.* 41. *th.* 49. Quoad plantationem tamen notandum, quod si quis posuerit arbores non fructiferas, aut quæ pertineant tantum ad pulchritudinem vel amœnitatem, non competat retentio, sed fundi lucro cedant: secus si ex illis percipitur quædam utilitas; hoc enim casu, quoniam expensæ debentur, retentio quoque conceditur. *arg. l si in fundo. ff. de R. V.* vid. Roland. *cons.* 28. *n.* 23. Menoch. *rem.* 15. *q.* 39 *n.* 500. Huc trahe limitationes omnes, quarum mentio facta supra *th.* 8. *lit.* x. *in f.* ubi in genere de impensis actum.

Thes. XVII.

Nec minus salarium vel mercedem debentibus (χ) in re, propter quam exsolvenda, licita est retentio. In horum numero sunt Advocatus (ψ), Medicus (ω), scriptor (α), sutor sartorque (β), domi-

dominus hospitii (γ), caupo (δ), faber (ε), famuli sive ancillæ (ζ.), & alii quivis (η).

Ex9.

χ.) Vid. *th.* 15. *lit.* x.

ψ.) Qui retinere potest acta, donec ipsi de honorario satisfiat. Gail. 2. *obs.* 12. *n.* 5. *arg. l.* 12. ibique *gl. ff. de vi & vi arm. junct. l.* 20 *ff. de acquir. poss. l.* 25. *ff. de procur.* ibique Gothofr. *lit. c. l.* 30. *eod. l.* 14. §. 1. *ff. comm. divid.* nisi acta sint publica, quæ exhiberi Reipubl. aut Magistratus interest. *l.* 81. §. *ult. ad l. Jul. Aquil.* Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 23. *n.* 5. Finckelth. *obs. pract.* 98. *q.* 2. *per tot.*

ω.) Pro cura vel medicamentis ægroti. *arg. l.* 4. *C. de petit. hered.* Bald. *in l. un. n.* 3. *C. etiam ob chirogr.* Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 43.

α.) Permissum huic aliquot quinternos retinere, usque ad solutionem pretii pro opera. Bald. *in l. fin. C. comm.* Abb. *in c.* 1. *n.* 9. *ext. de in integr. rest.* Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 23. *n.* 2. Non idem obtinet in exemplari, quod ad describendum ipsi datum. Jas. *in l.* 26. §. 4. *ff. de cond. ind.* & Bald. *in l. sub prætextu, C. de transact.* Vinc. Caroc. *tr. de loc. cond. p. m.* 239.

β.) Licet materia, ex qua confecti calcei vel vestes, sit aliena. Bald. *in l. fin. n.* 1. *C. comm.* Gail. 2. *obs.* 12. *n.* 5. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 23. *n.* 1.

γ.) Pro pretio unius vel alterius prandii, tot res hospitati detinet, quod sufficiant ad exsolutionem. Bald. *in l.* 5. *n.* 3. *C. locat.* Rebbuff. *tr. de lit. oblig. art.* 4. *gl.* 2. *n.* 31. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 22. *n.* 4.

δ.) Neguz. *tr. de pign.* 4. *p.* 2. *m. n.* 138. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 22. *n.* 5. & 6.

ε.) Equum curatum pro curatione. *arg. l. colonus. ff. de vi & vi arm. gl. in l. si quis rem. in verb. non reddendi. ff. de acquir. poss.* Bald. *in l. fin. C. comm.* Gail. 2. *obs.* 12. *n.* 5.

ζ.) Habent isti retentionis jus in habitatione, neque, ut abeant è domo domini, cui servitia præstiterunt, cogi possunt. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *d.* 22. *n.* 7. 8. & *p.* 1. *c.* 28. *d.* 39.

η.) Longum enim foret omnes recensere casus, qui vix excogitari possint. Sufficiat notabiliores meminisse, ex quibus, in reliquis quid obtinet, quilibet facili negotio animadvertet.

Thes. XVII.

Tanta vis est hujus juris; ut nulli debitori (θ), cujuscunque sexus (ι), ætatis (κ), dignitatis (λ), aut ordinis (μ), sit, parcat; quin potius sibi obnoxium faciat.

ἐκθ.

θ.) Pure scil. & de præsenti obligatum: ante diem enim solutionis nulla retentio. *l.* 14. §. *creditor. ff. ex quib. cauf. in poss. eat. vid. supr. th.* 8, *lit.* α. *junct. l.* 43. §. 1 *ff. de jur. dot.*

ι.) Masculini, vid. supr. *th.* 12, 14. *seqq.* an fœminini, vid. supr. *th.* 12. *&* 14. *lit.* ψ.

κ.) Nam & contra pupillum minoremve dari retentionem, non dubitatur. *arg. t. t. ff. quod quisq. jur. in al.* add. *th.* 9. *lit.* ο. 13. *lit.* γ. *&* 11

λ.) Licet ipse Imperator vel Princeps territorii, cujus res detineatur. Carpz. *ad L. Reg. Germ. c.* 12. *sect.* 1. Hahn. ad Wes. *n.* 7. *p.* 75. Hug. Grot. *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 14. Comitis item, Baronis, nobilis. Wes. *cons.* 50. *n* 20. Tiraq. *tr. de nobil c.* 29. *n.* 28. *seq.* Doctoris, magistri aliusve titulus aut officialis splendor non sufficit, ut quis ab hoc jure munitum se jactare possit. Milites quoque, utut in reliquis egregiis privilegiis donati, istius rigorem experiri necesse habent. *l.* 6. *l.* 18. *ff. pro soc.*

μ.) Secularis, an ecclesiastici. Quemadmodum enim bona ecclesiæ possunt pro debito retineri, vid. *th seq. lit.* ε. ita multo magis clericorum, qui nullis majoribus privilegiis gaudere possunt, quam ipsa ecclesia. arg. Auth. multo magis. C. de S. S. eccles. Nihil

etiam

etiam h.l. juvat beneficium competentiæ, ita, ut pater materve, socer, patronus, donator &c. *arg. l.* 16. *l.* 17. *l.* 21. *ff. de re jud.* non sit immunis, si liberi gener, libertus, donatarius velint retentionem exercere. Jas. *in l.* 21. *pr. n.* 3. *& seq ff. ad SCt. Trebell.* Campez. *tr. de dot. p.* 3. *q.* 62. Modum tamen hic adhibendum, & relinquendum, quantum ad necessariam sustentationem eorum spectat, & honestas & æquitas suadet. *arg. l.* 18. *ff. de R. J. junct. l.* 173. *ff. eod.* Alimenta enim sub prætextu juris retentionis negari nequeunt. *arg. l.* 3. *C. de comp. l.* 2. §. *ad frumenti. ff. de admin. rer. ad civ. pertin.* Seb. Med. *tr. de comp. p.* 1. *q.* 14. *n.* 1. Med. *tr. de levam. paup. c.* 7. *n.* 255. *&* 256.

Thes. XIX.

Sequitur nunc ut discipiamus, circa quod occupetur retentio, quod aliquando est ipsa debitoris persona (ν).

Ex9.

ν.) *arg. l.* 3. *C. de pign l.* 9. *C. sol. matr. l.* 11. *C. de pign. act. l.* 1. *C. si caus. jud.* Ubi debitori plane nullæ suppetunt facultates, aut alias de solutione periculum. Sic à redemtore liberatus ab manu hostium propter pretium redemtionis non dimittitur. *l.* 43. *fin. ff. de leg.* 1. & si solvendo non sit, cogitur liberatori per quinquennium loco pretii servitii præstare. *arg. l.* 2. *l. fin. C. de capt. & postl. revers.* Add. Carpz. *p.* 1. *c.* 30. *def.* 6. 7. 8. *&* 9. ubi plures casus refert.

Thes. XX.

Imprimis vero res omnes & singulas (ξ), tam corporales (ο), quam incorporales (π): ecclesia-

Digitized by Google

ſticæ (ς), & politicæ (σ), ſive ſint mobiles (τ), ſive immobiles (υ); allodiales feudalesve (φ); præſentes, an futuræ (χ), detineri poſſunt, etiam pro alio (ψ) debito.

Ex9.

ξ.) Etiamſi commodatæ. vid. ſupr. *tb.* 16. *lit.* π.

o. & π.) De corporalibus nullum eſt dubium. Incorporales detinentur per fictionem juris. *arg.* §. 44. *inſt. de rer. diviſ.* Jure Sax. prov. uſusfr. ab heredibus uſufructuarii, donec fructus induſtriales acceperint, detinetur, ſi forſan uſufruct. nondum maturis iis deceſſerit. Landr. *l.* 2. *art.* 58. Zob. *p.* 3. *diff.* 25. & 27. Hartm. Piſtor. *l.* 1. *q.* 24. *n.* 73. Carpz. *p.* 1. *c.* 25. *def.* 21. *n.* 4. Richt. *deciſ.* 56. *n.* 45. Aliter jure comm. hoc in caſu obtinet. Struv. *Ex.* 12. *tb.* 18. Add. *tb.* 17. *lit.* ζ. *tb.* 21.

ς.) Contra adjudicatam reſtitutionem eccleſiæ, cum qua contraxit pro ſumtibus & labore. *l.* 38. *l.* 48. *ff.* *de* R. *V.* Abb. *in c.* 1. *n.* 3. *ext. de reſtit. in integr.* Sebaſt. Medic. *d. tr. p.* 1. *q.* 16. *n.* 14. Quod etiam ad heredem clerici extenditur, qui poterit ut retentione rei eccleſiaſticæ pro expenſis à defuncto factis. Panormit. *in c. de multa* 4. *col. de prabent.* Petr. Coſtal. *ad l.* 18. §. *poſſunt. ff. commod. p.* 3.

σ.) *arg. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb. l.* 5. *ff. de imp. in res dot. l. colonus. ff. loc.*

τ.) *l.* 6. *C. de pign.* ibique Perez. *n.* 51. *l.* 1. *pr.* ibique Bart. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* Struv. *Ex.* 26. *tb.* 42. ut animalia. *arg. l. in ſumma ibique Dd. C. de pign. l.* 3. §. *in rem. l.* 6. *ff. de pign.* Weſ. *n. ſi quis paup. ſec. dicat.* Matth. Coler. *tr. de aliment. l.* 3. *c.* 8. *n.* 16. vid. *tb.* 17. *lit.* γ. Veſtes & calcei. *ſupr. tb.* 17. *lit.* β. pileus, ſarcinæ, enſes, aut ſimile. *d. tb.* 17. *lit.* δ. & acta. Bœr. *q.* 15. *n.* 3. Capic. *dec.* 11. *n.* 13. vid. *tb.* 17. *lit.* ψ.

υ.) *arg. t. t. ff. & C. de pign. & hyp.* Huc refer retentionem caſtri. Ruin. *conſ.* 100. *vol.* 4. Socin. *conſ.* 68. *n.* 143. *vol.* 3.

φ.) Non

φ.) Non modo à Vasallo propter ædificium in fundo feudali exstructum: sed etiam à muliere, pro consequenda dote (aut loco ejus dotalitio) donatione propter nuptias, cæterisque illatis. *arg.* §. *si vasallus. Hic fin. lex. l.* 29. *C. de jur. dot.* detinentur. Cum enim ubique fere locorum in S. R. I. ita sit constitutum, teste Hartm. Pist. *q.* 4. *n.* 3. *p.* 1. ut dos illata eam uxore non repetente Carpz. *p.* 2. *const.* 44. *def.* 2. *seq.* mortuo marito feudo accedat, atque sic neque uxor, neque ejus heredes quicquam de ea participent: æquum utique est, ut dotalitium viduæ, licet renuentibus feudi successoribus, constituatur. Tempore moræ autem merito ipsa in possessione feudi permaneat, idque detineat. Idem Jur. Sax. permissum *per Const.* 25. *p.* 2. ibique Carpz. *def.* 8. *n.* 4. Vid supr. *th.* 13. *lit.* π. *& th. seq. lit.* ψ.

χ.) Retineri enim dicitur non tantum id, quod habetur: sed cujus habendi aliqua probabilis spes esse potest. vid. post. Hermann. Vultej. *de feud. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 64. Richt. *vel* 16. *th* 7. *vol.* 1.

ψ.) *arg. l. un. etiam ob chirogr.* ibique Bald. *n.* 2. Bart. *in l.* 26. §. 4. *ff. de cond. ind.* si res detenta occasione debiti ad aliquem pervenit. *l.* 24. §. 1. *ff. de pign. act. l. si cum aurum. ff. solut.* licet opinati; *arg. l.* 26. §. *libertus. ibique gl. &* Jas. *&* §. *si centum. ff. de cond. indeb.* Petr. Costalius *ad l.* 18. §. 1. *ff. commod. p.* 3. *n.* 15. nisi aliter convenerit, Faber. *Cod. lib.* 8. *tit.* 15. nec cætera formalia retentionis requisita deficiant, de quib. vid. *th.* 22. aut alius creditor non adsit, qui potiorem causam se habere asserat. *arg. l.* 20. *ff. qui pot. in pign.* Et licet, quod primam exceptionem attinet, conditio reddendi pignus post solutionem semper tacite insit. *arg. l.* 9. § *omnis pecunia. ff. de pign. act. l.* 13. §. *etiam. ff. de pign.* cum tamen expressa tantum noceant, non idem tacita. *l.* 88. *ff. de R. I. l.* 52. *ff. de cond. & dem.* nihil est, quod retentionem impediat. Ampliatur autem assertio nostra, ut procedat (1.) sive ante, sive post contractum pignoris chirographarium debitum extiterit. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 238. (2.) tam in possessore pignoris conventionalis pro alio debito chirographario. *l.* 2. §. 1. *ff. quib. mod. pign.* Bald. *in l. un. n.* 3. *C. etiam ob chirogr.* quam prætorio. *l.* 2. §. 1. *ff. de pign. act. l.* 50. *ff. solut. l.* 26. §. 4. ibique Bart. *de cond. indeb.* Struv. *Ex.* 26.

th.42. Mastrill. *dec.* 88. Add. Carpz. *p.* 2 *c.* 25. *def.* 25. Neguz. *m.* 4. *p.* 2. *n.* 129. & *m.* 3. *p.* 5. *n.* 4. *it*, *m.* 4. *p.* 5. *n.* 2. *d. tr.* Gail. *obs.* 12. *n.* 5. *lib.* 2. Bald. *in l. fin. C. commod.*

Thes. XXI.

Retentioni tandem succumbunt actiones (ω), quibus actor, gerendo se pro actore, justis ex caussis (α) recte insistit.

Exθ.

ω.) *arg.* §. *ult. Inst. de J. N. G. & C.*

α.) Ut, propter expensas. Finge, marito actionem datam esse loco dotis: si, soluto matrimonio, nondum ad finem perducta lite illam iterum restitui quis desideravit, poterit maritus pro expensis contra dotem repetentem retentione uti. vid. Struv. *Ex.* 30. *th.* 6.

Thes. XXII.

Forma consistit, ut fieri possit retentio propria auctoritate (β) in bona vel personam obligati. Ubi tamen duo veniunt attendenda: quorum primum bonorum; alterum debiti qualitas.

Exθ.

β.) Nimirum extrajudicialiter, nullo adhibito judicis consensu, omnibusque solennitatibus omissis. Nihilque interest, præsens an absens sit creditor. vid. *th.* 9. *lit.* ω. cum etiam per nuncium, epistolam, aut instrumentum expediri poterit. Quod etiam è re deten-

detentatoris (maxime si fiat retentio in bonis immobilibus, nondum occupatis) esse videtur, ut, licet præsens, per Notarium, adhibitis quibusdam testibus, eo nomine instrumentum erigi curaverit: non tantum, quod ubique in retentione voluntatis declaratio per verba factave requiratur. *arg. l 9. §. 5. ff. de acquir. rer. dom. l. 3. §. si rem. 18. ff. de acquir. poss. l. 41. ff. eod. l. 9. §. 2. ff. de jur dot.* sed etiam ne debitor de quadam injuria aut violentia, per detentatorem attracta, sibi conqueri possit. Cæterum hoc ipso differt à manuum injectione, quæ non, nisi speciali jussu & licentia judicis exercetur. *l. 11. ff. ibique Dd. ff. de acquir. poss.*

Thes. XXIII.

Qualitates bonorum alias Dd. constituunt in bonis à detentatore occupandis; alias, in jam occupatis. Si adhuc occupanda, requiritur ad possessionem, & per eam (γ) retentionem legitime adipiscendam, ut sint vacua (δ), & sine vitio apprehendi possint (ε): sin jam occupata, ut ea non cum vitio (ζ) perceperit. Debitum autem debet esse liquidum (η).

Ex∂.

γ.) Est enim detentio nuda facti insistentia. *arg l. 3. §. ex contrario. ubi gl. ff. de acquir. poss.* Menoch. *de recuper. poss. rem. 1. n. 64.* Ubi igitur nulla possessio, ibi nec jus esse potest. *l. 4. §. 1. ff. de cond. indeb. l. si area. eod. l. in fundo. ff. de R. V. l. 14. ff. de dolo mal. l. 21. ad SCt. Treb.* Carpz. *p. 1. illustr. decis. 66. n. 16.* quia qui non possidet, nec retinere potest. *arg. l. 1. ff. de pign.* Faber. *Cod. lib. 5 tit. 8. def. 15.*

δ.) Non

δ.) Non e.gr. ab heredibus, vel aliis eorum nomine possessa; quo casu jus retentionis locum non habet. Bl. *in l.* 15. *C. de non num. pec. n.* 12. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 3. Rul. à Valle *cons.* 27. *n.* 34. *Vol.* 1. Magon. *decis.* 64. *n.* 7. Mev. *d. tr. ad Jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *n.* 38.

ε.) Quod fit, si nihil intercesserit eorum quibus actus vitiari possit, i.e. neque vi, neque clam, neque precario ad eum pervenerit: causa etiam retinendi, rei cohærens, subsit. Carpz. *p.* 1. *illustr. decis.* 66. *n.* 2. Gail. *obs.* 12. *lib.* 2. *n.* 5. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 241. Vi enim invadere res debitoris nemo potest, nisi incidat in pœnam. *l.* 13. *ff. quod met. caus.* & alias, contra violentiam publicam introductas. *arg. l.* 7. *C. ad L. Jul. de vi publ.* Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 263.

ζ.) *arg. c. fin. de ord. cogn. l.* 1. §. *rediguntur. ff. quor. legat. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* Bald. *in l. fin. C. comm.* Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 2. Non ergo potest quis rem pro sumtibus sive operibus in re alia præstitis, detinere. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 24. *n.* 5. add. Gail. *d. l.* Legatarius quoque, si propria auctoritate occupaverit rem legatam ante aditam hereditatem, non potest illam jure retinere, sed eam restituere cogitur heredi, & postea ad illam agere. *arg. l.* 1. §. *rediguntur. ff. quor. legat.* ibique Bart. Nemo enim potest sibi mutare causam possessionis de injusta in justam, aliquo extrinsecus non superveniente. *arg. l.* 33. §. 1. *ff. de usurp.* Ant. Capyc. *decis.* 119. *n.* 5. & Bald. *in d. l. fin. C. commod.*

η.) Natura enim retentionis aliter non admittit. *l. fin. C. de comp.* §. 30. *inst. de act.* Bl *in l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 15. & 16. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. *n.* 5. Socin. *reg.* 86. *lim.* 1. Non obstat. *l.* 6. *C. de comp.* ad quam satis respondet. Perez. *ad dict. tit. n.* 5. Habetur autem secundum communem Dd. opinionem istud quoque debitum pro liquido, quod licet non in continenti, vel ex confessione partis adversæ, vel ex causa judicata. *l.* 2. *C. de comp.* vel ex instrumentis jam præsentibus: tamen de proximo liquidari possit. *arg. l. ult. ibique gl. in verb. indaginem. C. de compens.* Tempus autem vel arbitrio judicis terminatur. Menoch. *lib.* 2. *arbitr. cent.* 1. *cas.* 14. *n. ult.* Perez. *d. l. n.* 17. vel ad duos menses

menses extenditur *arg. l. 46. §. 4. ff. de jur. fisc.* add. Bart. *in d. l. §. 4. ff. de jur. fisc.* Bald. & Salyc. *in l. 6. C. de compens.* Paris. *cons.* 121. *n.* 24. *vol.* 1. Alex. *cons.* 166. *n.* 5. qui statuit, satis esse liquidum, si intra tempus instantiæ litis jam cœptæ poterit expediri; Bald. & Salyc. *in d. l. 6.* non in ipsa executione: tum enim præsentibus probationibus de liquido debito fides facienda est. *arg. l. fin. C. de compens.* Perez. *d. l. n.* 17. Jur. Sax. datur ad probandum terminus Saxonicus executioni præfixus, Carpz. *p.* 1. *c.* 8 *def.* 13. *n.* 6.

Thes. XXIV.

Accedo ad finem, quo creditor primario intendit, ut nempe id, quod debetur, restituatur, (θ): tum etiam ut litis ambages (ι), ejus periculosum exitum (κ), sumtusque (λ), sæpius ingentes, evitet, suamque conditionem meliorem (μ), reddat.

Ex θ.

θ.) *arg. l. 10. l. 11. ff. de V. S.*

ι.) *arg. l. 5. §. 10. ibique gl. in verb. uti possidetis. ff. de novi operis nunc. Auth. Ut offeratur. C. de lit. contest.* add. *c.* 1. *verb. fatigantur. ext. de accus.*

κ.) Tum ex incerto litis eventu. *l. 51. ff. de pecul. Auth. Generaliter. C. de S S. eccles.* tum ex inopia debitoris futura metuendum. Satius autem est in tempore desistere, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. un. C. ne lic. unic. sin. jud. l. fin. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necess.*

λ.) *arg. l. 1. C. de sport. l. 1. C. de suffrag.* judicium namque sine ma-

gnis expensis non procedit. *c. 1. ext. de accus. l. 30. ff. de liber. legat.*

μ.) In pari enim causa, si defertur res ad judicem, judicatur pro reo. *c. in pari. ext. de R. I. in 6to.* Et quia præterea possessio faciat, ut detentor plus consequatur juris in retinendo, quam actor in agendo. *l. 1. l. 88. ff. ne quid in loc. publ. l. 2. in f. ff. uti possid. l. 5. ff. si ususfr. pet. c. 6. ext. de præscript.* facilius quoque aliquid conservatur, quam de novo acquiritur (fortius enim semper est jus quæsitum, quam quærendum. *l. 20. ff. quemadm. serv. amitt. l. 7. ff. quod cujusque univ. nom. l. 8. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.*) quis negatum ibit, commodius esse creditori si possessioni incumbat, & adversarium ad petitoris onera compellat, quam si ipse petat? *arg. l. 24. ff. de R V. l. 35. ff. de acquir. poss. §. retinendæ. inst. de interd. l. 14. ff. de dol. mal.* Carpz. *part. 1. decis. illustr. 66. n. 17. seqq.*

Thes. XXV.

Constituto hoc modo jure retentionis, effectus habet insignes. Primo enim facit, ut creditor rem suam recipiat (ν); [2.] omnibus possessionis beneficiis fruatur (ξ); [3.] Ab onere agendi liberetur (ο); [4.] Denique fructus percipiat (π); Non, ut alienet (ρ), aut usumfr. sibi acquirat (σ).

Ex9.

ν.) *arg. l. 10. & l. 11. de V. S.*

ξ.) Datur enim retentio possidenti, ut conservet id, quod ipsi debetur. *l. 14. ff. de dol. mal. l. 33. ff. de cond. indeb.* Quæ vero sint ista possessionis beneficia, tradit Carpz. *Resp. Elect. 1. lib. 1. n. 4. seq.* Menoch. *l. 1. cons. 52. n. 49.* Et, si forsan adsit alius creditor, qui gaudeat

deat jure prælationis, nihilominus maneat in possessione, donec debitum vel sibi solutum, vel alio modo prospectum fuerit. *l. 2. de except. l. 3. ff. de just. & jur.* vid. *th. seq.*

o.) Hinc creditori plenius consultum dicitur retentione, quam petitione. *l. 58. §. 3. ff. ad SCt. Trebell. l. 77. pr. ff. de leg. 2. l. 16. ff. de liber. legat.* Carpz. *d. dec. 66. n. 17.*

π.) Fructus enim etiam invito debitore pro quantitate debiti potest percipere.

ρ.) Alienare nulli detentatorum, ne quidem uxori, ex rebus detentis licet, quia nihil dominii per detentionem quis consequitur, sed tantum in securitatem solutionis permittitur. Sub alienatione autem comprehendo omne id, per quod res detenta imminuitur, seu omnis actus, quo res à nobis ad alium transire possit. *arg. l. 28.* ibique Gadd. *n. 85. de V. S. l. 67. eod. l. fin. C.* ibique Bart. *de reb. alien. non alien.* qualis etiam est dimissio hominum glebæ adscriptorum: Die Erlassung der Bauren und Leibeigener Leute.

σ.) Sunt quidem nonnulli, qui viduæ in bonis mariti plane usumfr. tribuunt, quamdiu scil. hoc jure utatur: sed quoniam solum jus retentionis adeo efficax non sit, nisi consuetudo vel statutum aliud jubeat, merito illorum sententiam rejicimus, & sub ea tantum, quæ *th. 13. lit. v. in f.* extat, limitatione, fructus ex bonis mariti capere, permissum credimus. Moll. *ad const. Elect. Sax. p. 2. c. 25. n. 6.* Neguz. *tr. de pign. m. 5. p. 5. n. 17.*

Thes. XXVI.

Hos tamen effectus jus retentionis amittit, si replicaverit (τ) debitor, solutionem (υ) obtulerit, aut creditor ex bonis cesserit (φ): non si frivolas liquidationes, litiumque dilationes adhibuerit, aut male administraverit (χ).

Ex§.

τ.) *arg. l. 2. §. 1. l. 220. §. 1. ff. de except.* Puta, si ita inter se convenerint, ut res, quandoque velit debitor, restituatur, utique poterit exceptione conventionis opposita, creditorem ad restitutionem cogere. vid. supr. *th.* 20. *lit.* ψ.

υ.) Aut aliam satisfactionem. Omnis enim obligatio h. m. finitur, *per pr. inst. quib. mod. toll. oblig. t. t. ff. de solut.* licet nobis invitis, aut ignorantibus solutio facta sit. *l. 23. ff. de solut.*

φ.) Modo animus derelinquendi adsit: quo probato à debitore, nullus datur ad recipiendum regressus. Solus vero secessus non sufficit, qui in dubio non censetur animo relinquendi factus. Cognoscendum hoc ex signis, si vel claves ad prædia retinuerit, curam alicui alteri mandaverit, vel alia ratione se gesserit, ex quibus appareat, animum possidendi nondum deposuisse.

χ.) Illo casu, si probent ii, quibus interest rem restitui, possunt adire judicem, atque terminum ad liquidandum petere: quem, si impetraverint, & detentor sine prægnanti causa præterlabi passus fuerit, possunt interea administrationem adire. Schrad. *de feud. p. 2. Sect. 2. n. 32.* Hoc vero casu itidem poterit vel debitor in bona detenta administrationis gratia immitti, vel communis curator bonorum constitui, aut res sequestrari, salvo tamen ubique manente retentionis jure. Regulariter enim qui retinet obstringitur ad administrationem bonorum durante retentione. *L. 2. pr. C. quando & quib. quart. pars. deb.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 13. in f.* Finito autem retentionis jure creditor rem detentam ex possessione dimittit, & id, quod suum est, recipit. *arg. l. 23. ff. de solut. & l. 39. ff. de negot. gest.*

Thes.

Thes. XXVII.

Tandem cognationem quandam habet retentio cum compensatione (ψ), pignoratione (ω), & præceptione (α): à quibus tamen multum differt (β).

Exp.

ψ. Adeo, ut retentio dicatur compensatio indirecta. *l.* 18. §. *ult. ff. commod.* Abb. *c.* 2. *n.* 12. *de depos.* Struv. *Ex.* 21. *th.* 19. & sæpius promiscue in jure usurpantur. Sic enim quæ dicitur compensatio *in l.* 1. *C. rer. amot. l.* 7. §. *ob donationem ff. sol. matr.* vocatur retentio *in L. un.* §. *taceat. C. de rei ux. act.* Item quæ dicitur compensatio *in L. in rebus.* §. *ult. ff. commod.* appellatur retentio *in L.* 15. §. 1. *l.* 59. *ff. de furt.* Paris. *cons.* 100. *n.* 34. *vol.* 2. Et ubi non competit compensatio stricte dicta, locum habet retentio. *gl. in L.* 13. §. 2. *ff. de pign.* Coras. *cons.* 66. *col.* 8. Præterea retentio æque favorabilis est, quam compensatio. *arg. l.* 25. *ff. de proc. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* utut dissentiat Coras. *ad l.* 159. *n.* 124. *ff. de ritu nupt.* Joh. Petr. Molign. *tr. de jur. retent. q.* 4. Seb. Med. *tr. de compens. p.* 2. *q.* 16. *n.* 6. satis notati à Schiferdegker. ad Ant. Fabr. *lib.* 1. *tr.* 1. *de retent. q.* 4. *lib.* 1. Add. Hering. *de fideic. c.* 5. *n.* 373. Dornsperg. *in Syntagm. jur. de probat. l.* 3. *c.* 12. *pr.* Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 240.

ω.) Quemadmodum enim creditor propria auctoritate occupat & detinet rem debitoris, vid. *th.* 22. ita quoque is, qui pignus capit, proprio ausu alteri rem suam eripit. Vid. *Ord. Imperial.* 22. *p.* 2. Gail. *obs.* 1. *n.* 2. & 3.

α.) Exemplum est in fideicommisso, ubi quis retenta certa pecuniæ summam reliquam portionem hereditariam alteri restituere rogatur,

 gatur,

gatur. *arg. l. 69. ff. de leg. 2.* ibique Cujac. ad Papin. *lib.* 19. *p. m.* 548.

B. Et quidem quoad compensationem (1) quod retentio fiat etiam in speciebus. *l. si area. ff. de cond. indeb.* compensatio autem in quantitate, vel genere. *l.* 18. *ff. de pign. act.* Schicard. *in l.* 14. *n.* 2. *C. de compens.* (2.) Quia retentio est species executionis legalis. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 148. Non vero compensatio. (3.) Retentio facilius admittitur, quam compensatio. Petr. Sell. *in l. repetitio. n.* 48. *ff. de cond. & demonstr.* Molign. *tr. de retent.* q. 7. Jas. *in §. bonæ fidei. inst. de act.* (4.) Compensatio transfert dominium; retentio non item, sed duntaxat detentionem. *l.* 1. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de compens.* (5.) Compensatio est loco solutionis: retentio neutiquam. (6.) Cum compensatione extinguitur obligatio: in retentione ea in suspenso manet. *arg. l.* 26. *§.* 4. *ff. de cond. indebit. l.* 5. *ff. de imper. in res dot. l.* 5. *ff. de dot. præleg.* Deinde pignorationis differentia à retentione apparet inter cætera, quod retinens plerumque habeat jus tacitæ hypothecæ, propter quod res debitoris detinet. *l.* 34. *ff. de damn. infect. l. un. etiam ob chirogr.* quod in pignoratione deficit. Tertio præceptioni contradistinguitur (1.) quod hæc sit facti: præceptio vero juris. (2.) Quod retentio fiat beneficio exceptionis; præceptio auxilio actionis. *arg. l.* 91. *ff. ad L. Falc.* (3.) Per præceptionem acquiritur dominium; non item per retentionem. vid. supr. *th.* 3. *lit. a.*

Atque hæc sunt, quæ de hac egregia & copiosissima materia rudi Minerva, & pro ingenii captu conscribere cogitaverim. Quæso, B.L. suscipias hunc laborem æquo animo: & si quid forte minus accurate pertractatum inveneris, veniam dabis ætati.

Disser-

Dissertatio Inauguralis de Rejectione ab Actis,
Præside JO. SAMUELE STRYKIO, *D. Prof. Publ. Ord. & Facultat. Jurid. Decano, Halæ, die 3. Maji A. R. S. MDCC.*

PAULUS RUDIGER, *Altenb. Misn.*

CAPUT I.

De Officio Judicis in Repulsione à Limine Judicii.

SUMMARIA.

Judicia bene constituta promovent Salutem publicam. n. 1.
Copia Judicum supponit Rempubl. ægrotantem. 2.
Judex qui litigantes ad concordiam non deducit, lucri sui causa, malitiosus est. 3. 4.
Judex ex officio lites abbreviare debet. 5.
Objectio formatur ex duplici Judicis Officio, mercenario & nobili. 6. 7.
Respondetur. 8.
Jus Romanum laudatur in præscindendis litibus providum. 9. 10.
Judicis officium in diminuendis litibus consistit. 11.
Praxis moderna à justissimis Romani Juris principiis recedit. 12. 13. 14.
Vota piorum JCtorum de reducendis pœnis negantium & mentientium, & aliis saluberrimis juris Rom. sancitis. 15. 16. 17.
Promovetur Justitiæ Cursus per rejectionem inanium & ineptarum litium. 18.
Transitus ad ipsum Thema disputationis. 19.
Ratio Methodi ostenditur. 20.
Judex ex quibus causis repellere litigantes à limine Judicii debeat. 21.
(1) ob salutem publicam. 22. seqq.
Ubi periclitatur salus Reipubl. etiam litigantes inviti ad transactionem compellendi. 24. seqq.
Vel etiam per retardationem processus defatigandi. 28.
Respondetur Zieglero dissentienti. 29. seqq.
(2) ob scandalum publicum. 32.
Declaratur exemplis, si lis sit inter per-

th.42. Maſtrill. *dec.* 88. Add. Carpz. *p. 2 c. 25. def. 25.* Neguz. *m. 4. p. 2. n. 129. & m. 3. p. 5. n. 4. it. m. 4. p. 5. n. 2. d. tr.* Gail. *obſ. 12. n. 5. lib. 2.* Bald. *in l. fin. C. commod.*

Theſ. XXI.

Retentioni tandem ſuccumbunt actiones (ω), quibus actor, gerendo ſe pro actore, juſtis ex cauſis (α) recte inſiſtit.

Ex𝔍.

ω.) *arg. §. ult. Inſt. de J. N. G. & C.*

α.) Ut, propter expenſas. Finge, marito actionem datam eſſe loco dotis: ſi, ſoluto matrimonio, nondum ad finem perducta lite illam iterum reſtitui quis deſideravit, poterit maritus pro expenſis contra dotem repetentem retentione uti. vid. Struv. *Ex. 30. th. 6.*

Theſ. XXII.

Forma conſiſtit, ut fieri poſſit retentio propria auctoritate (β) in bona vel perſonam obligati. Ubi tamen duo veniunt attendenda: quorum primum bonorum; alterum debiti qualitas.

Ex𝔍.

β.) Nimirum extrajudicialiter, nullo adhibito judicis conſenſu, omnibusque ſolennitatibus omiſſis. Nihilque intereſt, præſens an abſens ſit creditor. vid. *th. 9. lit. π.* cum etiam per nuncium, epiſtolam, aut inſtrumentum expediri poterit. Quod etiam è re deten-

Digitized by Google

detentatoris (maxime si fiat retentio in bonis immobilibus, nondum occupatis) esse videtur, ut, licet præsens, per Notarium, adhibitis quibusdam testibus, eo nomine instrumentum erigi curaverit: non tantum, quod ubique in retentione voluntatis declaratio per verba factave requiratur. *arg. l 9. §. 5. ff. de acquir. rer. dom. l. 3. §. si rem. 18. ff. de acquir. poss. l. 41. ff. eod. l. 9. §. 2. ff. de jur dot.* sed etiam ne debitor de quadam injuria aut violentia, per detentatorem attracta, sibi conqueri possit. Cæterum hoc ipso differt à manuum injectione, quæ non, nisi speciali jussu & licentia judicis exercetur. *l. 11. ff. ibique Dd. ff. de acquir. poss.*

Thes. XXIII.

Qualitates bonorum alias Dd. constituunt in bonis à detentatore occupandis; alias, in jam occupatis. Si adhuc occupanda, requiritur ad possessionem, & per eam (γ) retentionem legitime adipiscendam, ut sint vacua (δ), & sine vitio apprehendi possint (ε): sin jam occupata, ut ea non cum vitio (ζ) perceperit. Debitum autem debet esse liquidum (η).

Ex⁴.

γ.) Est enim detentio nuda facti insistentia. *arg l. 3. §. ex contrario. ubi gl. ff. de acquir. poss.* Menoch. *de recuper. poss. rem. 1. n.* 64. Ubi igitur nulla possessio, ibi nec jus esse potest, *l. 4. §. 1. ff. de cond. indeb. l. si area. eod. l. in fundo. ff. de R. V. l. 14. ff. de dolo mal. l. 21. ad SCt. Treb.* Carpz. *p. 1. illustr. decis. 66. n. 16.* quia qui non possidet, nec retinere potest. *arg. l. 1. ff. de pign.* Faber. *Cod. lib. 5 tit. 8. def. 15.*

δ.) Non

λ.) Non e.gr. ab heredibus, vel aliis eorum nomine possessa; quo casu jus retentionis locum non habet. Bl. *in l. 15. C. de non num. pec. n.* 12. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 3. Rul. à Valle *conf.* 27. *n.* 34. *Vol.* 1. Magon. *decis.* 64. *n.* 7. Mev. *d. tr. ad Jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 13. *n.* 38.

μ.) Quod fit, si nihil intercesserit eorum quibus actus vitiari possit, i.e. neque vi, neque clam, neque precario ad eum pervenerit: causa etiam retinendi, rei cohærens, subsit. Carpz. *p.* 1. *illustr. decis.* 66. *n.* 2. Gail. *obs.* 12. *lib.* 2. *n.* 5. Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 241. Vi enim invadere res debitoris nemo potest, nisi incidat in pœnam. *l.* 13. *ff. quod met. caus.* & alias, contra violentiam publicam introductas. *arg. l.* 7. *C. ad L. Jul. de vi publ.* Col. *proc. ex. p.* 1. *c.* 2. *n.* 263.

ξ.) *arg. c. fin. de ord. cogn. l.* 1. §. *rediguntur. ff. quor. legat. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* Bald. *in l. fin. C. comm.* Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 8. *n.* 2. Non ergo potest quis rem pro sumtibus sive operibus in re alia præstitis, detinere. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 24. *n.* 5. add. Gail. *d. l.* Legatarius quoque, si propria auctoritate occupaverit rem legatam ante aditam hereditatem, non potest illam jure retinere, sed eam restituere cogitur heredi, & postea ad illam agere. *arg. l.* 1. §. *rediguntur. ff. quor. legat.* ibique Bart. Nemo enim potest sibi mutare causam possessionis de injusta in justam, aliquo extrinsecus non superveniente. *arg. l.* 33. §. 1. *ff. de usurp.* Ant. Capyc. *decis.* 119. *n.* 5. & Bald. *in d. l. fin. C. commod.*

π.) Natura enim retentionis aliter non admittit. *l. fin. C. de comp.* §. 30. *inst. de act.* Bl *in l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* Berl. *p.* 2. *c.* 32. *n.* 15. & 16. Carpz. *p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. *n.* 5. Socin. *reg.* 86. *lim.* 1. Non obstat. *l.* 6. *C. de comp.* ad quam satis respondet. Perez. *ad dict. tit. n.* 5. Habetur autem secundum communem Dd. opinionem istud quoque debitum pro liquido, quod licet non in continenti, vel ex confessione partis adversæ, vel ex causa judicata. *l.* 2. *C. de comp.* vel ex instrumentis jam præsentibus: tamen de proximo liquidari possit. *arg. l. ult. ibique gl. in verb. indaginem. C. de compens.* Tempus autem vel arbitrio judicis terminatur. Menoch. *lib.* 2. *arbitr. cent.* 1. *cas.* 14. *n. ult.* Perez. *d. l. n.* 17. vel ad duos menses

Digitized by Google

menses extenditur *arg. l. 46. §. 4. ff. de jur. fisc.* add. Bart. *in d. l. §. 4. ff. de jur. fisc.* Bald. & Salyc. *in l. 6. C. de compens.* Paris. *cons.* 121. *n.* 24. *vol.* 1. Alex. *cons.* 166. *n.* 5. qui statuit, satis esse liquidum, si intra tempus instantiæ litis jam cœptæ poterit expediri; Bald. & Salyc. *in d. l. 6.* non in ipsa executione: tum enim præsentibus probationibus de liquido debito fides facienda est. *arg. l. fin. C. de compens.* Perez. *d. l. n.* 17. Jur. Sax. datur ad probandum terminus Saxonicus executioni præfixus, Carpz. *p.* 1. *c.* 8 *def.* 13. *n.* 6.

Thes. XXIV.

Accedo ad finem, quo creditor primario intendit, ut nempe id, quod debetur, restituatur, (θ): tum etiam ut litis ambages (ι), ejus periculosum exitum (κ), sumtusque (λ), sæpius ingentes, evitet, suamque conditionem meliorem (μ), reddat.

Ex θ.

θ.) *arg. l. 10. l. 11. ff. de V. S.*

ι.) *arg. l. 5. §. 10. ibique gl. in verb. uti possidetis. ff. de novi operis nunc. Auth. Ut offeratur, C. de lit. contest.* add. *c.* 1. *verb. fatigantur. ext. de accus.*

κ.) Tum ex incerto litis eventu. *l. 51. ff. de pecul. Auth. Generaliter. C. de S S. eccles.* tum ex inopia debitoris futura metuendum. Satius autem est in tempore desistere, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. un. C. ne lic. unic. fin. jud. l. fin. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necess.*

λ.) *arg. l. 1. C. de sport. l. 1. C. de suffrag.* judicium namque sine magnis

gnis expensis non procedit. *c. 1. ext. de accus. l. 30. ff. de liber. legat.*

μ.) In pari enim causa, si defertur res ad judicem, judicatur pro reo. *c. in pari. ext. de R. I. in 6to.* Et quia præterea possessio faciat, ut detentor plus consequatur juris in retinendo, quam actor in agendo. *l. 1. l. 88. ff. ne quid in loc. publ. l. 2. in f. ff. uti possid. l. 5. ff. si ususfr. pet. c. 6. ext. de præscript.* facilius quoque aliquid conservatur, quam de novo acquiritur (fortius enim semper est jus quæsitum, quam quærendum. *l. 20. ff. quemadm. serv. amitt. l. 7. ff. quod cujusque univ. nom. l. 8. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.*) quis negatum ibit, commodius esse creditori si possessioni incumbat, & adversarium ad petitoris onera compellat, quam si ipse petat? *arg. l. 24. ff. de R. V. l. 35. ff. de acquir. poss. §. retinendæ. inst. de interd. l. 14. ff. de dol. mal.* Carpz. *part. 1. decis. illustr. 66. n. 17. seqq.*

Thes. XXV.

Constituto hoc modo jure retentionis, effectus habet insignes. Primo enim facit, ut creditor rem suam recipiat (ν); [2.] omnibus possessionis beneficiis fruatur (ξ); [3.] Ab onere agendi liberetur (ο); [4.] Denique fructus percipiat (π); Non, ut alienet (ρ), aut usumfr. sibi acquirat (σ).

Ex9.

ν.) *arg. l. 10. & l. 11. de V. S.*

ξ.) Datur enim retentio possidenti, ut conservet id, quod ipsi debetur. *l. 14. ff. de dol. mal. l. 33. ff. de cond. indeb.* Quæ vero sint ista possessionis beneficia, tradit Carpz. *Resp. Elect. 1. lib. 1. n. 4. seq.* Menoch. *l. 1. cons. 52. n. 49.* Et, si forsan adsit alius creditor, qui gaudeat

Digitized by Google

deat jure prælationis, nihilominus maneat in possessione, donec debitum vel sibi solutum, vel alio modo prospectum fuerit. *l.* 2. *de except. l.* 3. *ff. de just. & jur.* vid. *th. seq.*

ο.) Hinc creditori plenius consultum dicitur retentione, quam petitione. *l.* 58. §. 3. *ff. ad SCt. Trebell. l.* 77. *pr. ff. de leg.* 2. *l.* 16. *ff. de liber. legat.* Carpz. *d. dec.* 66. *n.* 17.

π.) Fructus enim etiam invito debitore pro quantitate debiti potest percipere.

ϛ.) Alienare nulli detentatorum, ne quidem uxori, ex rebus detentis licet, quia nihil dominii per detentionem quis consequitur, sed tantum in securitatem solutionis permittitur. Sub alienatione autem comprehendo omne id, per quod res detenta imminuitur, seu omnis actus, quo res à nobis ad alium transire possit. *arg. l.* 28. ibique Gadd. *n.* 85. *de V. S. l.* 67. *eod. l. fin. C.* ibique Bart. *de reb. alien. non alien.* qualis etiam est dimissio hominum glebæ adscriptorum: Die Erlassung der Bauren und Leibeigener Leute.

ς.) Sunt quidem nonnulli, qui viduæ in bonis mariti plane usumfr. tribuunt, quamdiu scil. hoc jure utatur: sed quoniam solum jus retentionis adeo efficax non sit, nisi consuetudo vel statutum aliud jubeat, merito illorum sententiam rejicimus, & sub ea tantum, quæ *th.* 13. *lit. υ. in f.* extat, limitatione, fructus ex bonis mariti capere, permissum credimus. Moll. *ad const. Elect. Sax. p.* 2. *c.* 25. *n.* 6. Neguz. *tr. de pign. m.* 5. *p.* 5. *n.* 17.

Thes. XXVI.

Hos tamen effectus jus retentionis amittit, si replicaverit (τ) debitor, solutionem (υ) obtulerit, aut creditor ex bonis cesserit (φ): non si frivolas liquidationes, litiumque dilationes adhibuerit, aut male administraverit (χ).

Ex 9.

τ.) *arg. l. 2. §. 1. l. 220. §. 1. ff. de except.* Puta, si ita inter se convenerint, ut res, quandoque velit debitor, restituatur, utique poterit exceptione conventionis opposita, creditorem ad restitutionem cogere. vid. supr. *th.* 20. *lit.* ψ.

υ.) Aut aliam satisfactionem. Omnis enim obligatio h. m. finitur, *per pr. inst. quib. mod. toll. oblig. t. t. ff. de solut.* licet nobis invitis, aut ignorantibus solutio facta sit. *l. 23. ff. de solut.*

φ.) Modo animus derelinquendi adsit: quo probato à debitore, nullus datur ad recipiendum regressus. Solus vero secessus non sufficit, qui in dubio non censetur animo relinquendi factus. Cognoscendum hoc ex signis, si vel claves ad prædia retinuerit, curam alicui alteri mandaverit, vel alia ratione se gesserit, ex quibus appareat, animum possidendi nondum deposuisse.

χ.) Illo casu, si probent ii, quibus interest rem restitui, possunt adire judicem, atque terminum ad liquidandum petere: quem, si impetraverint, & detentor sine prægnanti causa præterlabi passus fuerit, possunt interea administrationem adire. Schrad. *de feud. p. 2. Sect. 2. n. 32.* Hoc vero casu itidem poterit vel debitor in bona detenta administrationis gratia immitti, vel communis curator bonorum constitui, aut res sequestrari, salvo tamen ubique manente retentionis jure. Regulariter enim qui retinet obstringitur ad administrationem bonorum durante retentione. *L. 2. pr. C. quando & quib. quart. pars. deb.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 13. in f.* Finito autem retentionis jure creditor rem detentam ex possessione dimittit, & id, quod suum est, recipit. *arg. l. 23. ff. de solut. & l. 39. ff. de negot. gest.*

Thes.

Digitized by Google

Thes. XXVII.

Tandem cognationem quandam habet retentio cum compensatione (ψ), pignoratione (ω), & præceptione (α): à quibus tamen multum differt (β).

Ex9.

ψ. Adeo, ut retentio dicatur compensatio indirecta. *l.* 18. §. *ult. ff. commod.* Abb. *c.* 2. *n.* 12. *de depos.* Struv. *Ex.* 21. *th.* 19. & sæpius promiscue in jure usurpantur. Sic enim quæ dicitur compensatio *in l.* 1. *C. rer. amot. l.* 7. §. *ob donationem ff. sol. matr.* vocatur retentio *in L. un.* §. *taceat. C. de rei ux. act.* Item quæ dicitur compensatio *in L in rebus.* §. *ult. ff. commod.* appellatur retentio *in L.* 15. §. 1. *l.* 59. *ff. de furt.* Paris. *cons.* 100. *n.* 34. *vol.* 2. Et ubi non competit compensatio stricte dicta, locum habet retentio. *gl. in L.* 13. §. 2. *ff. de pign.* Coras. *cons.* 66. *col.* 8. Præterea retentio æque favorabilis est, quam compensatio. *arg. l.* 25. *ff. de proc. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* utut dissentiat Coras. *ad l.* 159. *n.* 124. *ff. de ritu nupt.* Joh. Petr. Molign. *tr. de jur. retent. q.* 4. Seb. Med. *tr. de compens. p.* 2. *q.* 16. *n.* 6. satis notati à Schiferdegker. ad Ant. Fabr. *lib.* 1. *tr.* 1. *de retent. q.* 4. *lib.* 1. Add. Hering. *de fideic. c.* 5. *n.* 373. Dornsperg. *in Syntagm. jur. de probat. l.* 3. *c.* 12. *pr.* Col. *proc. exec. p.* 1. *c.* 2. *n.* 240.

ω.) Quemadmodum enim creditor propria auctoritate occupat & detinet rem debitoris, vid. *th.* 22. ita quoque is, qui pignus capit, proprio ausu alteri rem suam eripit. Vid. *Ord. Imperial.* 22. *p.* 2. Gail. *obs.* 1. *n.* 2. & 3.

α.) Exemplum est in fideicommisso, ubi quis retenta certa pecuniæ summam reliquam portionem hereditariam alteri restituere rogatur,

Digitized by Google

gatur. *arg. l. 69. ff. de leg. 2.* ibique Cujac. ad Papin. *lib. 19. p. m.* 548.

8. Et quidem quoad compensationem (1) quod retentio fiat etiam in speciebus. *l. si area. ff. de cond. indeb.* compensatio autem in quantitate, vel genere. *l. 18. ff. de pign. act.* Schicard. *in l. 14. n. 2. C. de compens.* (2.) Quia retentio est species executionis legalis. Col. *proc. exec. p. 1. c. 2. n.* 148. Non vero compensatio. (3.) Retentio facilius admittitur, quam compensatio. Petr. Sell. *in l. repetitio. n. 48. ff. de cond. & demonstr.* Molign. *tr. de retent. q. 7.* Jas. *in §. bonæ fidei. inst. de act.* (4.) Compensatio transfert dominium; retentio non item, sed duntaxat detentionem. *l. 1. l. 11. l. 12. ff. de compens.* (5.) Compensatio est loco solutionis: retentio neutiquam. (6.) Cum compensatione extinguitur obligatio: in retentione ea in suspenso manet. *arg. l. 26. §. 4. ff. de cond. indebit. l. 5. ff. de imper. in res dot. l. 5. ff. de dot. præleg.* Deinde pignorationis differentia à retentione apparet inter cætera, quod retinens plerumque habeat jus tacitæ hypothecæ, propter quod res debitoris detinet. *l. 34. ff. de damn. infect. l. un. etiam ob chirogr.* quod in pignoratione deficit. Tertio præceptioni contradistinguitur (1.) quod hæc sit facti: præceptio vero juris. (2.) Quod retentio fiat beneficio exceptionis; præceptio auxilio actionis. *arg. l. 91. ff. ad L. Falc.* (3.) Per præceptionem acquiritur dominium; non item per retentionem. vid. supr. *th. 3. lit. 1.*

Atque hæc sunt, quæ de hac egregia & copiosissima materia rudi Minerva, & pro ingenii captu conscribere cogitaverim. Quæso, B.L. suscipias hunc laborem æquo animo: & si quid forte minus accurate pertractatum inveneris, veniam dabis ætati.

Disser-

Dissertatio Inauguralis de Rejectione ab Actis,

Præside JO. SAMUELE STRYKIO, *D. Prof. Publ. Ord. & Facultat. Jurid. Decano, Halæ, die 3. Maji A. R. S.* MDCC.

PAULUS RUDIGER, *Altenb. Misn.*

CAPUT I.

De Officio Judicis in Repulsione à Limine Judicii.

SUMMARIA.

Judicia bene constituta promovent Salutem publicam. n. 1.
Copia Judicum supponit Rempubl. ægrotantem. 2.
Judex qui litigantes ad concordiam non deducit, lucri sui causa, malitiosus est. 3. 4.
Judex ex officio lites abbreviare debet. 5.
Objectio formatur ex duplici Judicis Officio, mercenario & nobili. 6. 7.
Respondetur. 8.
Jus Romanum laudatur in præscindendis litibus providum. 9. 10.
Judicis officium in diminuendis litibus consistit. 11.
Praxis moderna à justissimis Romani Juris principiis recedit. 12. 13. 14.
Vota piorum JCtorum de reducendis pœnis negantium & mentientium, & aliis saluberrimis juris Rom. sancitis. 15. 16. 17.
Promovetur Justitiæ Cursus per rejectionem inanium & ineptarum litium. 18.
Transitus ad ipsum Thema disputationis. 19.
Ratio Methodi ostenditur. 20.
Judex ex quibus causis repellere litigantes à limine Judicii debeat. 21.
(1) *ob salutem publicam.* 22. seqq.
Ubi periclitatur salus Reipubl. etiam litigantes inviti ad transactionem compellendi. 24. seqq.
Vel etiam per retardationem processus defatigandi. 28.
Respondetur Zieglero dissentienti. 29. seqq.
(2) *ob scandalum publicum.* 32.
Declaratur exemplis, si lis sit inter per-

personas, inter quas respectus reverentiæ intercedit. 33. seqq.
De Jure civ. Veniæ impetratio necessaria, ad parentes in Jus vocandum. 37.
An & quatenus hodie impetratio veniæ necessaria? 38.
Famosa actio non admittenda contra personas quibus debetur reverentia. 39.
Ministri Ecclesiæ litigaturi repellendi à limine Judicii. 40. seq.
Subditi contra Statum Imperii non sunt admittendi. 44. seqq.
(3) ob causæ qualitatem. 49.
Declaratur per actiones injuriarum. 50. seqq.
Removetur hic objectio. 54. seq.
Magistratus tamen ex officio inquirere potest. 56.
Restringuntur præcedentia, pro diversitate Judicis. 57.
Actiones injuriarum inprimis inter personas sapientiæ addictas, velut Professores, non admittendæ. 58.
It. si injurians in limine Judicii declarationem honoris faciat. 29. seq.
Frivolæ lites rejiciendæ. 61. seq.
Ob res minimas non statim repellendus à limine judicii. 64.
Calumniosæ & injustæ lites non admittendæ. 65. seq.
Processus ex L. diffamari non admittendus, non probata diffamatione. 67.
Quando hic processus in Camera admittatur. 68.
Non admittitur quoque, si diffamatio non sit injusta. 69.
Petitioni arresti non temere deferendum. 70. seq.
Ab injusta rejectione conceditur appellatio. 72.

1 JUdicia bene constituta, bonisque & innocentibus ac piis Præsidibus stipata, felicitatem & tranquillitatem civilem promovere, equidem vix quisquam ex prudentioribus negare potuit. Inde quam immane detrimentum malorum Judicum & Magistratuum avaritia, & insana libido, inhiandi magis civium divitiis & judicii sportulis, quam medendi Reipublicæ ægrotanti, afferat, nec
2 meo quoque indigebit testimonio. Jam per se Rempublicam ægrotantem multisque discordiis vexatam supponit Judicum & Advocatorum copia, ceu copia Medicorum indicium præbet, multos reperiri
3 morbis variis laborantes. Augetur & crescit miseria, si illi, qui huic rixandi studio medelam quærere & sua interpositione prudenti tranquillitatem Reipublicæ unice pro fine habere debebant, quasi incitent partes, quo magis concertantium animi exacerbentur, divitiæ civi-

Digitized by Google

civium exhauriantur & denique deprædationibus ejusmodi nefariis tota pessundetur Respublica. Infidus est Medicus, qui non sanitatem 4 ægrotantis, sed saltem ejus nummos quærit, qui non obstat principiis, ne gravior inde sequatur morbus & pars sincera trahatur, sed qui pro artificio habet, ex morborum prolixitate nutrimentum sibi conciliare; Infidus itidem & perniciosus est Judex, qui alienum jurgium suam prædam putat, ut dicitur in *l. 3. C. ad l. Jul. repetund.* Idem enim quod in decantata *L. Advocati. 14. C. de Advoc. diverſ. judic.* de Advocatis Imperatores prædicant, merito & Judices sedulo ante 5 oculos habere deberent, scil. se esse ad hoc constitutos, ut in rebus & publicis & privatis lapsa erigant, fatigata reparent, & sic laborantium spem, vitam, & posteros defendant.

Equidem hisce reponi forte posset, quod Judicis officium partim 6 sit mercenarium, partim nobile, & quod demum vi hujus officii Judex ad hoc obstrictus sit, non vero vi illius, cum sic tantum actioni institutæ subserviat, & non impertiatur suum officium, nisi imploratus. Non disputo nunc quo fundamento nitatur illa divisio, siquidem jam 7 Ludovicum Charondam *de Jurisdict. num. 25.* in eam incidisse opinionem constat, hanc distinctionem, à Doctoribus inventam, magis respicere distinctum officium Judicis pedadanei & Prætoris, quam ut quidem secundum genuina Principia Juris ad nostra applicari possit fora. Retineamus tamen illam prout Doctores eam explicant, vid. 8 Præs. *ad Rubr. Inst. de Officio Jud.* Interim tamen mercenarium illud officium, vi cujus dicitur Judex non impertiri suum officium nisi imploratus, non impedit, quo minus litibus inanibus calumniosisque prævideatur, quin certum est ex ipsis principiis Jurisprudentiæ nostræ, Judici incumbere, ut illas amputet, rescindat, & à limine Judicii justis ex causis repellat.

Quam egregie Jurisprudentia Romana laboraverit in litibus 9 præscindendis, illis notum est, qui intimiora illius studii perscrutantur. Ipse Justinianus in *l. properandum. 13. pr. C. de Judic. properandum esse* ait, *ne lites pene fiant immortales & vita hominum modum excedant.* Et verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non vituperanda dicitur in *l. item si rės. 4. §. 1. ff. de alien. jud. mut. cauſ.* Pro- 10

pius ad Judicem spectat *l. quidam. 21. ff. de reb. cred.* ubi instruit JCtus judicis Officium, inquiens: *ad Officium Judicis pertinet, lites diminuere.* conf. *l. 1. §. 10. ff. de nov. oper. nunc.* publice enim interest, ne liti-
11 bus repleatur Respubl. *l. 1. ff. de usucap.* Quæ assertio utique evincit, Judicis Officium non tantum consistere in recte formando & instruendo Processu, uti communiter creditur, sed imprimis etiam in diminuendis litibus; Hæc enim constitutorum Judicum prima causa fuit, ut essent, qui lites inter cives exortas, componerent; ut ita omnino Judices tollendis, non promovendis litibus sint constituti. Possunt vero tolli lites sine prolixo processu, uti exemplum nobis præbet Hebræorum Resp. in qua Judices causas sine prævio prolixo processu terminabant. Proinde laborare debet Judex, ut in suis principiis lites quasi suffocet & extinguat, ne vitiis partium inquinentur & justæ licet ab alterutra parte sint, per longiorem Processum injustitiæ maculam attrahant. Carpz. *in Proc. tit. 10. art. 1. n. 23.* Mart. *Proc. tit. 1. §. 2. n. 2.* conf. *R. I. de A. 1654. §.* diesem nechst. 34. ubi eadem querela ex *l. 13. cit* repetitur & Judicibus injungitur die Mittel und Wege, wodurch zanckſüchtige Partheyen, Advocaten und Procuratoren die Sachen in ungerechte Weitläufftigkeit verführen können, abzu-
12 schneiden. Utinam ergo & Praxis sequeretur tam optima Jurisprudentiæ Romanæ instituta, & ante oculos haberet Justiniani elogium de veteribus JCtis in *pr. Instit. de pœn. tem. litig.* ubi ait: *magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent.*
13 Sed nostris temporibus Christianæ Orthodoxiæ, cui, ad superstitionem usque, nescio quid non tribuitur, pruritus litigandi adversus non creditur, hinc admittuntur inania litigia, frivolæque lites, & ob rem minimam disputationes infinitæ, contra Divi Pauli monitum *1. Cor VI. v. 1. seqq.* instituuntur. Adeo ab ipsis ethnicis in ruborem conjiciuntur Christiani, quanquam illud paucissimi cum plerique
14 omni pudori repudium dederint, sentiant. Frustra sane Romanam Jurisprudentiam tanquam rixosam intuentur malevoli, qui nostra tempora ad illam conferunt; Ipse Hermann. Vultej. *Vol. I. Consil. Marpurg. 17. n. 6.* refert, se meminisse cujusdam causæ, in qua ab obitu ejus, de cujus hereditate disceptatum est, usque ad Litis contestationem in Camera 38. anni fuerint elapsi, alium adhuc casum recenset *Vol. 3. Consf. 30. n. 41.* ubi usque ad responsionem rei 75. anni præterierint. Cor-

Cordatiores & Studio charitatis addicti JCti jam dudum omnibus votis exoptarunt, ut reducerentur illa, quæ salubriter in Jure Romano ad compescendas & refrenandas calumniosas lites sunt disposita, quæ hodie quasi impune fiunt, parumque attenduntur. Ita saluti Reipublicæ maxime conduceret, quo magis litibus & jurgiis iniquis via præscinderetur, si reducerentur pœnæ negantium, quæ in Jure Romano sunt constitutæ, & mendacia imo perjuria, quæ tam frequentia per Juramentum calumniæ committuntur, justis coercerentur pœnis, vid. Disp. Stryk. *de Fals. princ. prex. c.* 4. *n.* 5. Ita repetendæ LL. essent, quæ litibus brevem terminum constituunt, ut scil. causæ civiles intra triennium, criminales intra biennium terminentur. *L. Properandum.* 13. *C. de Judic. l.* 2, *&* 3. *C. ut intra certum temp. crim. quæstio terminetur.* Add. Steph. Nathan. *De Just. Vuln. p.* 2. *tit.* 2. *c.* 3. Hilliger *in Donell. l.* 26. *c.* 2. *lit. Q.* Sed hæc ob genium seculi deperditum omnia impune fiunt, & Magistratus Officio suo eo minus hac in re satisfacit, quo magis ad hoc obstrictus erat, tum ex Principiis universalibus, tum maxime ex Præceptis Juris divini, civilisque. Mereretur hæc Materia specialem excussionem, ut tandem Judices animadverterent, quantum detrimentum attulerit Reipubl. talis neglectus. Sed hæc nunc obiter allegasse sufficiat.

15 16 17

Sunt vero & alia, quæ Justitiæ cursum promovent, & litigia inania tollere possunt, præprimis in eo consistentia, ut ex officio bonus & pius Judex rejiciat & non admittat talia in processu, quæ notorie frivola, injuriosa, injusta, inania, inepta, supervacua, impertinentia, irrelevantia, salutem publicam turbantia, scandalum præbentia & nullius momenti sunt, quibus tamen sæpissime lites protelantur, ita ut non raro lis ex lite crescat, & tranquillitas publica in præcipitium quasi detur. Ad Officium enim Judicis omnino spectat malitiæ litigantium nihil indulgere, & omnes ambages Processus præscindere, Jason. *in l. fin. n.* 5. *C. de Edict. D. Hadr. toll.* præprimis vero rejicere illa, quæ multo magis nocitura sunt, Mev. 5. *Dec.* 114. *n.* 5. cum supervacuorum nulla habenda ratio. *l. Juris Gentium.* 7. §. 10. *ff. de pact. l. un.* §. 6 *C. de latin. libert. toll.* & inanibus objectis haud sit immorandum. *l. quisquis.* 15. *C. de rescind. vend. l. quoniam.* 15. *C. de testam.* Cæterum hæc pluribus & specialibus excutere in præsenti in- 18 19

Digitized by Google

inaugurali Disputatione constitui, id maxime agens, ut exhibeam & sistam officium Judicis in rejiciendis à Judicio & Actis ejusmodi rebus, quæ Justitiæ cursum impedire & frivole solummodo adduci so-
20 lent. Ita autem hac in materia satis prolixa & ampla me geram, ut capite hoc demonstrem, quomodo & quibus ex causis Judex ex officio à limine Judicii litigantes repellere possit: In sequentibus autem declarem, quæ pendente & admisso Processu ab Actis sint removenda & non admittenda, & denique materiam, *de cassatione & abolitione Actorum* colophonis causa addam.

21 Non existimo autem necessarium esse, ut fusius me in Rubricæ explicatione detineam, quod alias ad nauseam usque fieri sæpius solet, cum ex hactenus dictis & postea dicendis illa satis perspicua sint. Statim ergo videamus ex quibus causis Judex partes *à limine Judicii* repellere possit.

22 Hic autem primo loco se sistit ratio *salutis publicæ*, quæ suprema Lex esse debet, eique omnes actus subditorum subordinandi, ut illa illibata præstetur. Ipsi Imperatores graviter *in LL.* injungunt Judicibus, ut omnino etiam Rescripta talia, quæ utilitatem publicam lædunt, rejiciant, refutent, & non admittant. *l. 7. C. de precibus Imper. offer. l. omnes. ult. C. si contra Jus vel utilitat. l. jubemus. 10. C. de SS. Eccles.* multo minus lites perniciosæ saluti Reipublicæ admittendæ erunt,
23 nequidem sub prætextu ejusmodi Rescriptorum per *tit. LL.* Expedit enim tunc Reipubl. ut causæ per transactionem sopiantur, quam ut litigaturi in detrimentum Reipubl. jurgia noxia, & ruinam minan-
24 tia foveant & alant. Contingere hoc potest, si lis sit multum intricata inter personas illustres & potentes, & superior juste metuat, ne ad arma veniant, & ita utilitas publica ex litigio hoc periclitetur, re-
25 cte eas à limine Judicii repellit, & ad concordiam cogit. Quamvis enim alias transactiones liberæ esse debeant voluntatis, & Judex magis partes ad hanc suadendo inducere, quam compellere debeat. *l. si quis major. 41. C. de Transact.* Carpz. *part. 1. resp. 51. n. 19.* Gail. *de pace publ. 2. cap. 18. n. 9.* Schilter. *in pr. Jur. Rom. Exerc. 9. th. 25.* Muller. ad Struv. *Exerc. 6. th. 54. lit. ff.* illud tamen merito hoc in casu limitatio-
26 nem recipit. Interim supremi Tribunalis autoritatem inferior Magistratus

ſtratus adhibere debet, ne pars gravata ad judicium ſuperius provocet & ſic litem protelet. Schilt. *cit. loco.* Cur enim ad arma & rixam procedere patiatur, quos poteſt ſua Juriſdictione componere? *l. ſi cujus rei.* 13. *§.* 3. *ff. de Uſufruct.* ne forſan ex privata rixa multorum ſtrages ſequatur. Gail. *cit. loc. n.* 11. Zœſ. *ad tit. X. de Treug. & Pace n.* 3. Knipſchild *de Fideic. c.* 11. *n.* 101. & 102.

Ex hoc fonte infert Mev. *part.* 1. *dec.* 224. ſuperiorem poſſe cogere ad remiſſiones injuriarum, maxime ſi cum aliquo ſcandalo publico actio ſuper injuriis moveatur, veluti inter perſonas publicas & inſignes. 27

Imo, ubi commode à limine judicii partes repellere nequit, alio modo poteſt adducere eas ad tranſigendum, per moram & retardationem, quo demum defatigati ſua ſponte à lite deſiſtant. Quibus enim caſibus partes ad tranſactionem aut remiſſionem injuriæ compellere juſtum & æquum eſt, remedia huic fini apta (qualia ſunt illa duo propoſita 1. *repulſio à limine Judicii*, 2. *retardatio*) non poſſunt eſſe iniqua. Mev. *part.* 1. *dec.* 223. *n.* 1. & 2. 28

Cæterum quæ hiſce opponit Ziegl. *in Dicaſt. concl.* 22. *§.* 14. & 15. quaſi Princeps non poſſit imperare ut coacte quis tranſigat, & jus ſuum remittat, hactenus non tollunt ea, quæ de repulſione à limine Judicii protulimus. Nam quamvis Principis officium ſit, nemini jus ſuum auferre, attamen privata utilitas, & ſingulorum commodum, ubique ſubordinatum eſt utilitati communi & publicæ, & ſupponimus utique ejusmodi caſus, ubi maxime Reipubl. noxium foret, tales admittere ad limen Judicii litigantes; præſertim cum pertinaciter jus ſuum perſequi in detrimentum Reipubl. privatis ne quidem permiſſum ſit. Recte hac de re judicat Mev. *part.* 3. *dec.* 217. *n.* 6. *Alia ratio eſt*, inquit, *litium, quæ privata ſingulorum Jura & commoda, alia, quæ publicam reipubl. curam atque commoda concernunt. Iis ſuus ſemper curſus integer eſt, nec ex Judicis præſcripto ante Sententiam præjudicium juſtum eſt; At quod publicæ rei ſubeſt, id non attenta lite, ſicut expedit, diſponi debet & poteſt. Non ſiſtit aut impedit curam publicam lis eorum, quibus legem dicere licet.* Proxima huic alia cauſa 29 30

 eſt,

Ex.

τ.) *arg. l. 2. §. 1. l. 220. §. 1. ff. de except.* Puta, si ita inter se convenerint, ut res, quandoque velit debitor, restituatur, utique poterit exceptione conventionis opposita, creditorem ad restitutionem cogere. vid. supr. *th.* 20. *lit.* ψ.

υ.) Aut aliam satisfactionem. Omnis enim obligatio h. m. finitur, *per pr. inst. quib. mod. toll. oblig. t. t. ff. de solut.* licet nobis invitis, aut ignorantibus solutio facta sit. *l. 23. ff. de solut.*

φ.) Modo animus derelinquendi adsit: quo probato à debitore, nullus datur ad recipiendum regressus. Solus vero secessus non sufficit, qui in dubio non censetur animo relinquendi factus. Cognoscendum hoc ex signis, si vel claves ad prædia retinuerit, curam alicui alteri mandaverit, vel alia ratione se gesserit, ex quibus appareat, animum possidendi nondum deposuisse.

χ.) Illo casu, si probent ii, quibus interest rem restitui, possunt adire judicem, atque terminum ad liquidandum petere: quem, si impetraverint, & detentor sine prægnanti causa præterlabi passus fuerit, possunt interea administrationem adire. Schrad. *de feud. p. 2. Sect. 2. n. 32.* Hoc vero casu itidem poterit vel debitor in bona detenta administrationis gratia immitti, vel communis curator bonorum constitui, aut res sequestrari, salvo tamen ubique manente retentionis jure. Regulariter enim qui retinet obstringitur ad administrationem bonorum durante retentione. *l. 2. pr. C. quando & quib. quart. pars. deb.* Carpz. *p. 2. c. 25. def. 13. in f.* Finito autem retentionis jure creditor rem detentam ex possessione dimittit, & id, quod suum est, recipit. *arg. l. 23. ff. de solut. & l. 39. ff. de negot. gest.*

Thes.

Thes. XXVII.

Tandem cognationem quandam habet retentio cum compensatione (ψ), pignoratione (ω), & præceptione (α): à quibus tamen multum differt (β).

Ex.

ψ. Adeo, ut retentio dicatur compensatio indirecta. *l.* 18. §. *ult. ff. commod.* Abb. *c.* 2. *n.* 12. *de depos.* Struv. *Ex.* 21. *th.* 19. & sæpius promiscue in jure usurpantur. Sic enim quæ dicitur compensatio *in l.* 1. *C. rer. amot. l.* 7. §. *ob donationem ff. sol. matr.* vocatur retentio *in L. un.* §. *taceat. C. de rei ux. act.* Item quæ dicitur compensatio *in L. in rebus.* §. *ult. ff. commod.* appellatur retentio *in L.* 15. §. 1. *l.* 59. *ff. de furt.* Paris. *cons.* 100. *n.* 34. *vol.* 2. Et ubi non competit compensatio stricte dicta, locum habet retentio. *gl. in L.* 13. §. 2. *ff. de pign.* Coras. *cons.* 66. *col.* 8. Præterea retentio æque favorabilis est, quam compensatio. *arg. l.* 25. *ff. de proc. l.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* utut dissentiat Coras. *ad l.* 159. *n.* 124. *ff. de ritu nupt.* Joh. Petr. Molign. *tr. de jur. retent. q.* 4. Seb. Med. *tr. de compens. p.* 2. *q.* 16. *n.* 6. satis notati à Schiferdegker. ad Ant. Fabr. *lib.* 1. *tr.* 1. *de retent. q.* 4. *lib.* 1. Add. Hering. *de fideic. c.* 5. *n.* 373. Dornsperg. *in Syntagm. jur. de probat. l.* 3. *c.* 12. *pr.* Col. *proc. exec. p.* 2. *c.* 2. *n.* 240.

ω.) Quemadmodum enim creditor propria auctoritate occupat & detinet rem debitoris, vid. *th.* 22. ita quoque is, qui pignus capit, proprio ausu alteri rem suam eripit. Vid. *Ord. Imperial.* 22. *p.* 2. Gail. *obs.* 1. *n.* 2. & 3.

α.) Exemplum est in fideicommisso, ubi quis retenta certa pecuniæ summam reliquam portionem hereditariam alteri restituere rogatur,

Dissertatio Inauguralis de Rejectione ab Actis,

Præside JO. SAMUELE STRYKIO, D. Prof. Publ. Ord. & Facultat. Jurid. Decano, Halæ, die 3. Maji A. R. S. MDCC.
PAULUS RUDIGER, Altenb. Misn.

CAPUT I.

De Officio Judicis in Repulsione à Limine Judicii.

SUMMARIA.

Judicia bene constituta promovent Salutem publicam. n. 1.
Copia Judicum supponit Rempubl. ægrotantem. 2.
Judex qui litigantes ad concordiam non deducit, lucri sui causa, malitiosus est. 3. 4.
Judex ex officio lites abbreviare debet. 5.
Objectio formatur ex duplici Judicis Officio, mercenario & nobili. 6. 7.
Respondetur. 8.
Jus Romanum laudatur in præscindendis litibus providum. 9. 10.
Judicis officium in diminuendis litibus consistit. 11.
Praxis moderna à justissimis Romani Juris principiis recedit. 12. 13. 14.
Vota piorum JCtorum de reducendis pœnis negantium & mentientium, & aliis saluberrimis juris Rom. sancitis. 15. 16. 17.
Promovetur Justitiæ Cursus per rejectionem inanium & ineptarum litium. 18.
Transitus ad ipsum Thema disputationis. 19.
Ratio Methodi ostenditur. 20.
Judex ex quibus causis repellere litigantes à limine Judicii debeat. 21.
(1) ob salutem publicam. 22. seqq.
Ubi periclitatur salus Reipubl. etiam litigantes inviti ad transactionem compellendi. 24. seqq.
Vel etiam per retardationem processus defatigandi. 28.
Respondetur Zieglero dissentienti. 29. seqq.
(2) ob scandalum publicum. 32.
Declaratur exemplis, si lis sit inter per-

personas, inter quas respectus reverentiæ intercedit. 33. seqq.
De Jure civ. Veniæ impetratio necessaria, ad parentes in Jus vocandum. 37.
An & quatenus hodie impetratio veniæ necessaria? 38.
Famosa actio non admittenda contra personas quibus debetur reverentia. 39.
Ministri Ecclesiæ litigaturi repellendi à limine Judicii. 40. seq.
Subditi contra Statum Imperii non sunt admittendi. 44. seqq.
(3) ob causæ qualitatem. 49.
Declaratur per actiones injuriarum. 50. seqq.
Removetur hic objectio. 54. seq.
Magistratus tamen ex officio inquirere potest. 56.
Restringuntur præcedentia, pro diversitate Judicis. 57.
Actiones injuriarum inprimis inter personas sapientiæ addictas, velut Professores, non admittendæ. 58.
It. si injurians in limine Judicii declarationem honoris faciat. 29. seq.
Frivolæ lites rejiciendæ. 61. seq.
Ob res minimas non statim repellendus à limine judicii. 64.
Calumniosæ & injustæ lites non admittendæ. 65. seq.
Processus ex L. diffamari non admittendus, non probata diffamatione. 67.
Quando hic processus in Camera admittatur. 68.
Non admittitur quoque, si diffamatio non sit injusta. 69.
Petitioni arresti non temere deferendum. 70. seq.
Ab injusta rejectione conceditur appellatio. 72.

1 JUdicia bene constituta, bonisque & innocentibus ac piis Præsidibus stipata, felicitatem & tranquillitatem civilem promovere, equidem vix quisquam ex prudentioribus negare potuit. Inde quam immane detrimentum malorum Judicum & Magistratuum avaritia, & insana libido, inhiandi magis civium divitiis & judicii sportulis, quam medendi Reipublicæ ægrotanti, afferat, nec
2 meo quoque indigebit testimonio. Jam per se Rempublicam ægrotantem multisque discordiis vexatam supponit Judicum & Advocatorum copia, ceu copia Medicorum indicium præbet, multos reperiri
3 morbis variis laborantes. Augetur & crescit miseria, si illi, qui huic rixandi studio medelam quærere & sua interpositione prudenti tranquillitatem Reipublicæ unice pro fine habere debebant, quasi incitent partes, quo magis concertantium animi exacerbentur, divitiæ civi-

civium exhauriantur & denique deprædationibus ejusmodi nefariis tota pessundetur Respublica. Infidus est Medicus, qui non sanitatem 4 ægrotantis, sed saltem ejus nummos quærit, qui non obstat principiis, ne gravior inde sequatur morbus & pars sincera trahatur, sed qui pro artificio habet, ex morborum prolixitate nutrimentum sibi conciliare; Infidus itidem & perniciosus est Judex, qui alienum jurgium suam prædam putat, ut dicitur in *l.* 3. *C. ad l. Jul. repetund.* Idem enim quod in decantata *L. Advocati.* 14. *C. de Advoc. diverſ. judic.* 5 de Advocatis Imperatores prædicant, merito & Judices sedulo ante oculos habere deberent, scil. se esse ad hoc constitutos, ut in rebus & publicis & privatis lapsa erigant, fatigata reparent, & sic laborantium spem, vitam, & posteros defendant.

Equidem hisce reponi forte posset, quod Judicis officium partim 6 sit mercenarium, partim nobile, & quod demum vi hujus officii Judex ad hoc obstrictus sit, non vero vi illius, cum sic tantum actioni institutæ subserviat, & non impertiatur suum officium, nisi imploratus. Non disputo nunc quo fundamento nitatur illa divisio, siquidem jam 7 Ludovicum Charondam *de Jurisdict. num.* 25. in eam incidisse opinionem constat, hanc distinctionem, à Doctoribus inventam, magis respicere distinctum officium Judicis pedadanei & Prætoris, quam ut quidem secundum genuina Principia Juris ad nostra applicari possit fora. Retineamus tamen illam prout Doctores eam explicant, vid. 8 Præs. *ad Rubr. Inst. de Officio Jud.* Interim tamen mercenarium illud officium, vi cujus dicitur Judex non impertiri suum officium nisi imploratus, non impedit, quo minus litibus inanibus calumniosisque prævideatur, quin certum est ex ipsis principiis Jurisprudentiæ nostræ, Judici incumbere, ut illas amputet, rescindat, & à limine Judicii justis ex causis repellat.

Quam egregie Jurisprudentia Romana laboraverit in litibus 9 præscindendis, illis notum est, qui intimiora illius studii perscrutantur. Ipse Justinianus in *l. properandum.* 13. *pr. C. de Judic. properandum esse* ait, *ne lites pene fiant immortales & vitæ hominum modum excedant.* Et verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non vituperanda dicitur in *l. item si reos.* 4. §. 1. *ff. de alien. jud. mut. cauſ.* Pro- 10

pius ad Judicem spectat *l. quidam. 21. ff. de reb. cred.* ubi instruit JCtus judicis Officium, inquiens: *ad Officium Judicis pertinet, lites diminuere.* conf. *l. 1. §. 10. ff. de nov. oper. nunc.* publice enim interest, ne liti-
11 bus repleatur Respubl. *l. 1. ff. de usucap.* Quæ assertio utique evincit, Judicis Officium non tantum consistere in recte formando & instruendo Processu, uti communiter creditur, sed imprimis etiam in diminuendis litibus; Hæc enim constitutorum Judicum prima causa fuit, ut essent, qui lites inter cives exortas, componerent; ut ita omnino Judices tollendis, non promovendis litibus sint constituti. Possunt vero tolli lites sine prolixo processu, uti exemplum nobis præbet Hebræorum Resp. in qua Judices causas sine prævio prolixo processu terminabant. Proinde laborare debet Judex, ut in suis principiis lites quasi suffocet & extinguat, ne vitiis partium inquinentur & justæ licet ab alterutra parte sint, per longiorem Processum injustitiæ maculam attrahant. Carpz. *in Proc. tit. 10. art. 1. n. 23.* Mart. *Proc. tit. 1. §. 2. n. 2.* conf. *R. I. de A.* 1654. §. diesem nechst. 34. ubi eadem querela ex *l. 13. cit* repetitur & Judicibus injungitur die Mittel und Wege, wodurch zancksüchtige Partheyen, Advocaten und Procuratoren die Sachen in ungerechte Weitläufftigkeit verführen können, abzu-
12 schneiden. Utinam ergo & Praxis sequeretur tam optima Jurisprudentiæ Romanæ instituta, & ante oculos haberet Justiniani elogium de veteribus JCtis in *pr. Instit. de pæn. tem. litig.* ubi ait: *magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent.*
13 Sed nostris temporibus Christianæ Orthodoxiæ, cui, ad superstitionem usque, nescio quid non tribuitur, pruritus litigandi adversus non creditur, hinc admittuntur inania litigia, frivolæque lites, & ob rem minimam disputationes infinitæ, contra Divi Pauli monitum *1. Cor. VI. v. 1. seqq.* instituuntur. Adeo ab ipsis ethnicis in ruborem conjiciuntur Christiani, quanquam illud paucissimi cum plerique
14 omni pudori repudium dederint, sentiant. Frustra sane Romanam Jurisprudentiam tanquam rixosam intuentur malevoli, qui nostra tempora ad illam conferunt; Ipse Hermann. Vultej. *Vol. I. Consil. Marpurg. 17. n. 6.* refert, se meminisse cujusdam causæ, in qua ab obitu ejus, de cujus hereditate disceptatum est, usque ad Litis contestationem in Camera 38. anni fuerint elapsi, alium adhuc casum recenset *Vol. 3. Consf. 30. n. 41.* ubi usque ad responsionem rei 75. anni præterierint.

Cor-

Digitized by Google

Cordatiores & Studio charitatis addicti JCti jam dudum omni- 15
bus votis exoptarunt, ut reducerentur illa, quæ salubriter in Jure
Romano ad compescendas & refrenandas calumniosas lites sunt dispo-
sita, quæ hodie quasi impune fiunt, parumque attenduntur. Ita sa- 16
luti Reipublicæ maxime conduceret, quo magis litibus & jurgiis ini-
quis via præscinderetur, si reducerentur pœnæ negantium, quæ in
Jure Romano sunt constitutæ, & mendacia imo perjuria, quæ tam
frequentia per Juramentum calumniæ committuntur, justis coerce-
rentur pœnis, vid. Disp. Stryk. *de Fals. princ. prec. c. 4. n. 5.* Ita repe-
tendæ LL. essent, quæ litibus brevem terminum constituunt, ut scil.
causæ civiles intra triennium, criminales intra biennium terminentur.
*L. Properandum. 13. C. de Judic. l 2, & 3. C. ut intra certum temp. crim.
quæstio terminetur.* Add. Steph. Nathan. *De Just. Vuln. p. 2. tit. 2. c. 3.*
Hilliger *in Donell. l. 26. c. 2. lit. Q.* Sed hæc ob genium seculi deperdi- 17
tum omnia impune fiunt, & Magistratus Officio suo eo minus hac in
re satisfacit, quo magis ad hoc obstrictus erat, tum ex Principiis uni-
versalibus, tum maxime ex Præceptis Juris divini, civilisque. Me-
reretur hæc Materia specialem excussionem, ut tandem Judices anim-
adverterent, quantum detrimentum attulerit Reipubl. talis negle-
ctus. Sed hæc nunc obiter allegasse sufficiat.

Sunt vero & alia, quæ Justitiæ cursum promovent, & litigia 18
inania tollere possunt, præprimis in eo consistentia, ut ex officio bo-
nus & pius Judex rejiciat & non admittat talia in processu, quæ noto-
rie frivola, injuriosa, injusta, inania, inepta, supervacua, im-
pertinentia, irrelevantia, salutem publicam turbantia, scandalum
præbentia & nullius momenti sunt, quibus tamen sæpissime lites pro-
telantur, ita ut non raro lis ex lite crescat, & tranquillitas publica
in præcipitium quasi detur. Ad Officium enim Judicis omnino spe-
ctat malitiæ litigantium nihil indulgere, & omnes ambages Processus
præscindere, Jason. *in l. fin. n. 5. C. de Edict. D. Hadr. toll.* præprimis
vero rejicere illa, quæ multo magis nocitura sunt, Mev. 5. *Dec.* 114.
n. 5. cum supervacuorum nulla habenda ratio. *l. Juris Gentium. 7. §. 10.
ff. de pact. l. un. §. 6 C. de latin. libert. toll.* & inanibus objectis haud sit
immorandum. *l. quisquis. 15. C. de rescind. vend. l. quoniam. 15. C. de
testam.* Cæterum hæc pluribus & specialibus excutere in præsenti 19

 in-

Digitized by Google

ſtratus adhibere debet, ne pars gravata ad judicium ſuperius provocet & ſic litem protelet. Schilt. *cit. loco.* Cur enim ad arma & rixam procedere patiatur, quos poteſt ſua Jurisdictione componere? *l. ſi cujus rei.* 13. §. 3. *ff. de Uſufruct.* ne forſan ex privata rixa multorum ſtrages ſequatur. Gail. *cit. loc. n.* 11. Zœſ. *ad tit. X. de Treug. & Pace n.* 3. Knipſchild *de Fideic. c.* 11. *n.* 101. & 102.

Ex hoc fonte infert Mev. *part.* 1. *dec.* 224. ſuperiorem poſſe cogere ad remiſſiones injuriarum, maxime ſi cum aliquo ſcandalo publico actio ſuper injuriis moveatur, veluti inter perſonas publicas & inſignes. 27

Imo, ubi commode à limine judicii partes repellere nequit, alio modo poteſt adducere eas ad tranſigendum, per moram & retardationem, quo demum defatigati ſua ſponte à lite deſiſtant. Quibus enim caſibus partes ad transactionem aut remiſſionem injuriæ compellere juſtum & æquum eſt, remedia huic fini apta (qualia ſunt illa duo propoſita 1. *repulſio à limine Judicii*, 2. *retardatio*) non poſſunt eſſe iniqua. Mev. *part.* 1. *dec.* 223. *n.* 1. & 2. 28

Cæterum quæ hiſce opponit Ziegl. *in Dicaſt. concl.* 22. §. 14. & 15. quaſi Princeps non poſſit imperare ut coacte quis tranſigat, & jus ſuum remittat, hactenus non tollunt ea, quæ de repulſione à limine Judicii protulimus. Nam quamvis Principis officium ſit, nemini jus ſuum auferre, attamen privata utilitas, & ſingulorum commodum, ubique ſubordinatum eſt utilitati communi & publicæ, & ſupponimus utique ejusmodi caſus, ubi maxime Reipubl. noxium foret, tales admittere ad limen Judicii litigantes; præſertim cum pertinaciter jus ſuum perſequi in detrimentum Reipubl. privatis ne quidem permiſſum ſit. Recte hac de re judicat Mev. *part.* 3. *dec.* 217. *n.* 6. *Alia ratio eſt*, inquit, *litium, quæ privata ſingulorum* Jura & *commoda, alia, quæ publicam reipubl. curam atque commoda concernunt. Iis ſuus ſemper curſus integer eſt, nec ex* Judicis *præſcripto ante Sententiam præjudicium juſtum eſt; At quod publicæ rei ſubeſt, id non attenta lite, ſicut expedit, diſponi debet & poteſt. Non ſiſtit aut impedit curam publicam lis eorum, quibus legem dicere licet.* Proxima huic alia cauſa 29 30

Digitized by Google

eſt, quando ſcil. ex ejusmodi rixa *ſcandalum publicum* metui poſſit,
33 tunc enim recte Magiſtratus pius eos à limine Judicii repellit. Contingere autem hoc poteſt, quando inter perſonas lis eſt, inter quas mutua pietas ſubſiſtere debet, & ubi ſimul concurrit reverentiæ re-
34 ſpectus. Hinc controverſiæ inter parentes & liberos non facile admittendæ, quin & liberis, ut cum parentibus tranſigant, à Judice injungi
35 poteſt. Mev. *part.* 8. *deciſ.* 296. Eadem ratio eſt, ſi lis vertatur inter Magiſtratus & ſubditos, nam & hic ſcandalum aliquod ſubeſt. Mart.
36 *Comm. ad Proceſſ. Saxon. tit.* 1. §. 2. *n.* 13. Ex quo fonte quoque Canoniſtæ non admittunt Laicum ad accuſationem Clerici *C.* 1. *ſeqq. x. de accuſat.* propter reverentiam illi debitam, vel etiam, ut facete dicit Pontifex in *c.* 3. *de immun. Eccl. in* 6. quod Laicus præſumatur eſſe infenſus Clerico. conf. Ludov. Engel. in *Colleg. Juris Can. tit. de accuſat.* §. 1. *n.* 5. Lynckius *ad Decret. cit. tit.* §. 6. Quæ Canoniſtarum ſententia, utut non leviter dominatum clericalem fulciat, eo tamen recte adhibetur, ut non cuilibet Laico promiſcue Clericum lite pulſare permittatur, nec ipſi accuſanti facile fides adhibeatur.

37 Olim quidem nec parentes à liberis, nec Magiſtratus à ſubditis in jus vocari poterant, abſque ſpeciali veniæ impetratione, & generaliter eæ perſonæ, quibus reverentia debetur, *l. generaliter* 13. *ff. de in jus voc.* ex ſpeciali ratione, quod in jus vocatio eſſet privatæ autoritatis & cum quadam coactione conjuncta, quæ lædit illam re-
38 verentiam. Et quamvis hæc ratio hodie ceſſet, tamen in eo prudentiores JCti conveniunt, adhuc hodie neceſſarium eſſe, ut ab actore in ſupplicatione pro impetranda citatione exprimatur reverentiæ vinculum, quippe Judex ignarus non poterit præſumi decreviſſe, quod non obſtante illo vinculo nihilominus comparere debeat cita-
39 tus. Stryk. *Uſu mod. tit. de in jus voc.* §. 2. Imprimis autem Judex rejicere debet actionem famoſam contra has perſonas inſtitutam, quibus debetur reverentia, qualis eſt actio doli; ipſæ Leges enim hic non aliam volunt admittendam eſſe actionem quam in factum, verbis in factum temperatis. *l.* 20. *C. qui accuſ. non poſſ. l.* 2. *ff. de obſeq. parent. l.* 4. §. 16. *ff. de doli mali except.* conf. plur. Stryk. *Diſp. altera de jure reverentiali membr.* 4. ubi fuſius per ſpeciales Caſus hæc materia erudite

Digitized by Google

dite & concise satis declaratur, quos omnes hic congerere mei non
puto esse instituti.

Famosiores adhuc duos hic notabo casus, quorum alter est de 40
contentione inter ministros ecclesiæ, cujus exempla proh dolor! ni-
mis frequenter occurrunt, cum tamen hi reliquis exemplar singu-
laris mansuetudinis & ἱεροπρεπείας esse deberent. Sed ita singulari Dei
judicio accidit, ut hi litigiis involvantur, qui ad pacem omnes du-
cere debebant; Quantum scandalum publicum inde oriatur, expe-
rientia testatur. Vix enim unquam ita sunt comparata, ut non cul- 41
tum sacrum turbent vitia pastorum, & autoritatem, quam officii
ratione habere debebant, polluant, officium contaminent, auditores
scandalizent, totum cœtum in sensus sinistros deducant. Nascun- 42
tur sane inde mala nunquam satis deploranda & totam ecclesiam af-
fligentia. Hinc recte tales rixantes Sacerdotes à limine Judicii vel
plane repellit Judex, & per convenientia remedia ad concordiam
compellit, aut si non conveniat, non nisi brevi & summario cito-
que processu litem dirimit. Mev. *part.* 3. *decis.* 217. & *part.* 7. *dec.* 26.
Brunnem. *de Jure eccles. lib.* 3. *c.* 3. §. 6. Mart. *in Comm. ad Prox. Sax.*
tit. 1. §. 2. *n.* 14. Eo videtur collimare Jus Canonicum, dum *in C.* 43
discordantes. 1. *D.* 90. & in specie *c. studendum.* 7. *D.* 90. dicit: studen-
dum esse Episcopis, ut dissidentes fratres, sive Clericos sive laicos,
ad pacem magis quam ad Judicium coërceant.

Ex iisdem principiis dependet, quod ad preces subditorum, 44
contra principem vel Statum Imperii querelam moventium, non
mox decernenda sit citatio, sed prius literæ informatoriæ ab illo Sta-
tu Imperii exigendæ, quo exinde se informare possit Imperator, an
ad ulteriorem instantiam subditorum citationem decernere debeat,
an eos à limine Judicii repellere. Geminus hac de re occurrit in Le- 45
gibus publicis textus, alter in *R. I. d. a.* 1654. §. benebenst. 105. ubi
ita dispositum legimus: Wie auch insonderheit denen Unterthanen und
Bürgern wider ihre Obrigkeit die Processe nicht leichtlich erkennet, sondern
vorher um Bericht schreiben. alter continetur in *Capit. Leopoldi art.* 3. *in* 46
fin. ubi expressius hæc res depingitur hoc modo: Auf dem Fall auch
da jemand von den Land-Ständen und Unterthanen wider diese oder an-
dere

dert obgerührte Sachen bey Uns oder unserm Reichs-Hof-Rath oder erstbenannten Cammer-Gericht etwas anzubringen oder zu suchen sich gelüsten lassen würde, wollen Wir daran seyn, und darauf halten, daß ein solcher nicht leichtlich gehöret; sondern à limine Judicii ab- und zu schuldiger Parition an seinen Landes-Fürsten und Herrn gewiesen wer-
47 de ꝛc. Per quæ verba insigniter stabilita est autoritas nostrorum Principum, ne à subditis in exercitio superioritaris facile turbentur, &, debiti obsequii immemores, temere Principem suum in Jus vocent.
48 Hoc non observato Processus & mandata pro nullo declarantur per *cit. Capit. in f.* Conf. Stryk. *in Usu mod. tit. de in Jus voc.* § 4.

Merito quoque litigantes à limine Juicii repelluntur ob causæ
49 qualitatem, quæ scil. talis est, ut salvæ justitia & æquitate, ne dicam salvo Christianismo, exerceri & in Jus deduci nequeat.
50 Contingit id in actionibus injuriarum, quæ eo magis abominabiles, quo frequentiores inter illos, qui Christi nomen exterius gerunt,
51 magnis animi motibus exercentur. Equidem amicabiles compositiones in animis exacerbatis vix sperari possunt, adeo ut Mevius *part. 1. dec. 224.* conqueratur, de sopienda odiosa & acerba super injuriis lite inter rancoris fervorem atque inimicitiæ initia, judicem partibus concordiam suadentem raro exaudiri, sed alio cuneo opus esse, ut non tam velint, quam debeant, nec res meri arbitrii, sed alicujus
52 necessitatis sit. Puto autem recte & pie omnino facere judicem, si nimis vindictæ cupidum à limine Judicii ex officio repellat, quia pium, humanum, & Christianum est, injurias remittere, (*Mev. c. l. n. 12.* Mart. *Proc. Sax. tit. 1. §. 2. n. 31.*) & ultio immodica nequidem litigantibus indulgenda, sed refrenanda. *l. 1. §. 1. C. de Juram. propt. ca-*
53 *lumn.* Mev. *part. 1. dec. 225. n. 5.* Si enim ita tantum de injuria jus dicitur, ut revera tamen maneant inimicitiæ capitales & æternum odium, quis dicet injuste agere, qui potius jus dicere cessat, quo litis odio-
54 sæ finem assequantur? Id. *c. l. n. 4.* Et valde imbecillem hic puto objectionem, injuriatum jure suo uti, & sic judicem eum impedire
55 in jure suo non posse. Nam quodnam demum jus prætendere potest, quod Deo ipsi abominationi est, quo lædit conscientiam, violat præcepta prudentiæ & morum, turbat ipsam tranquillitatem publicam, seque reum æternæ damnationis constituit? an in tali jure prætenso ipsius cupiditati ulciscendi deferendum? minime gentium, quod enim

Digitized by Google

enim ſub prætextu juris intentatur; non ſtatim juſtum & pium eſt, imo aliquando malitioſum & pernicioſum.

Interim alia quæſtio eſt, an Judex non poſſit ex officio proce- 56 dere & injuriantem pœnis legitimis afficere, quæ omnino affirmanda. Hæc vero, quæ dicta hactenus ſunt, in *Judice ſuperiore* proce- 57 dunt omnimodo, cum is ſpeciali ſanctione omnes injuriarum proceſſus tollere facile poſſit, ne dicam quod teneatur refrenare ſubditorum vindictam; ſed cum hodie, proh dolor! hi proceſſus injuriarum non tantum tacite, ſed in plerisque ordinationibus Proceſſus expreſſe approbentur, *Judex inferior* non aliter repellere litigantes poteſt, quam ſi iſtiusmodi proceſſus ex leviusculis, uti communiter fieri ſolet, cauſis inſtituantur. Multo magis tales injuriarum actiones re- 58 pellendæ, quando majus ſcandalum inde metuendum, veluti inter Profeſſores, de quibus Carpz. *in Jurispr. Conſiſt. lib. 2 tit. 25. def.* 412. ubi tamen *in fine* fere ridiculam affert rationem, quod in Profeſſoribus tanquam literatis non præſumatur animus injuriandi, quippe virtutibus deditis; quaſi vero literati, ideo quod ſtudiis operam dent, etiam ſint virtutibus dediti, & non magis proclives ad rixandum quam analphabeti. Debebant utique qui ſapientiam doctrina profitentur, eandem quoque vita & moribus docere, ſed deplorandum eſt, vix in majori gradu vindictam exerceri poſſe, quam fieri inter eruditos conſuevit: Quot ſcommatibus, ſcriptisque ſatyricis ſe traducere invicem ſolent literati? Ita plerique per contemptum & depreſſionem aliorum ad propriam gloriam peſſime graſſantur. Conferantur quæ de perſonis publicis hac de re ſupra *n.* 27. *&* 28. dicta ſunt.

Facilius autem Judex bonus à limine Judicii vindictæ igne quaſi 59 æſtuantem repellet, quando reus ſtatim coram judice in judicio ſeſe declarat, quod verba illa, quæ tanquam injurioſa ab actore allegantur, non ex malitioſo propoſito, ſed ex repentino iracundiæ calore, alleine aus übereiltem Zorn, protulerit, nec quicquam, quod bono & honeſto viro non conveniat, ſeſe ab adverſario ſcire, & ita de bona fama & exiſtimatione injuriati proteſtatur judicialiter. Præ- 60 ſupponuntur tamen hoc in caſu certæ circumſtantiæ, quas plenius

61 excutit Martin. *in Proc. Sax. tit.* 1. §. 2. *n.* 39. *seqq.* De *temerariis & frivolis* jurgiis & litigiis quin idem asserendum, nullatenus dubito. Hinc in specie in *Ordin. Jud. Magdeb. c.* 6. §. *ult.* cautum: und insonderheit soll in Sachen die offenbares ungezweiffeltes Rechtens, verglichen, verabschiedet, oder die sonst richtig und klar, keinem Theile muthwilliges Rechten verstattet werden, sondern die Supplicanten damit abgewiesen &c. qua cum concordat quoque *Ord. Jud. Anhalt. tit.* 7. §. darauf nun sollen, cujus verba adduxit Mart. *c. l. n.* 62. & sic omnino peccat Judex, qui frivolas ejusmodi lites admittit, & juste puniri à superiore potest.
62 Exemplum refert Ziegl. *Dicast. Concl.* 23. §. 8. de Curia Parisiensi, quæ mulctavit Judicem, qui in casu quinque solidorum ordinarie & solen-
63 niter cognoverat. Quin & litigantibus quandoque pœna decerni, præter repulsionem à limine Judicii, potest, sicubi de eorum mali-
64 tia constat, Carpz. *part.* 1. *const.* 1. *defin.* 9. *ubi præjudicium*, quem Ziegl. recte quidem explicat, quod scil. quis ob res minimas non plane sit repellendus, sed audiendus, absque tamen processus ambagibus & litigatorum tricis, Brunn. *in Proc. civ. c.* 1. *n.* 36. Martin.
65 in *Comm. ad Proc. Sax. tit.* 1. §. 1. *n.* 154. Eadem æquitatis ratione à limine judicii repellendi sunt, qui calumniosam & injustam litem intentant, Mev. *part.* 2. *dec.* 29. *n.* 5. audire quidem unumquemque acturum ad judicis officium pertinet, nec potest salva justitia contra quemquam obturare aures, at minime quemvis ad agendum ac litigandum promiscue admittere. Nec enim potest conqueri de injuria, cui nullum jus agendi est, Mev. *part.* 1. *decis.* 42. Sed potest Judex inanem litem ex officio rejicere, imo debet. Id. *part.* 3. *dec.* 103. *n.* 8.
66 An autem lis vel controversia inanis & calumniosa sit, facile apparebit ex exceptionibus litis ingressum impedientibus, quales sunt rei judicatæ, præscriptionis, transactionis, jurisjurandi, solutionis &c. Wesenb. *in paratit. de Except. n.* 6. Mart. *in Proc. Sax. tit.* 11. §. 7. *n.* 7. quæ ab initio statim opponi possunt ad præveniendam judicii ulterioris telam, modo liquidæ & in continenti sint probabiles. Mart. *in Proc. Sax. tit.* 11. §. 7. *n.* 3. Gail. 1. *obs.* 74. *n.* 13. Quod si enim altioris indaginis reperiuntur, rejici solent post litem contestatam. Mev. *part.* 1. *dec.* 215. Zang. *de Except. part.* 3. *cap.* 17. *n.* 3. Modest. Pist. *Vol.* 1. *Cons.* 10. *n.* 15.

Cæte-

Digitized by Google

Cæterum cum in Processu diffamatorio non sufficiat allegare dif 67
famationem, sed simul quoque diffamatio probanda, sæpius quoque accidit, ut Processus hic rejiciatur, si Implorans diffamationem docere non possit, Mev. *part.* 3. *dec.* 393. Imo in Camera difficilius admit 68
titur nisi concurrentibus tribus requisitis 1) ut diffamatus imperio immediate subsit, 2) ut talis sit diffamatio, quæ pacem publicam turbare & scandalo esse possit, 3) diffamationis quædam probabilis notitia, *Gail.* 1 *obs.* 10. *n.* 2. *seqq.* Rejicienda autem eo magis, quo 69
magis is, qui diffamationis incusatur, increpandi facultatem habeat. Sæpius enim quando vitia taxantur pro concione vel etiam in privata confessione Ecclesiastica super crimine, de quo fama fuit, quis interrogatur, in iis casibus superbi & elati homines, præsertim qui conscii sunt sceleris, petere citationem solent ex *lege diffamari*, ut minister verbi compareat & crimen objectum probet, quo casu omnino petitio rejicienda, est enim hæc causa Ecclesiastica. Brunn. *Jur. Eccl. lib.* 3. *c.* 1. §. 13.

Denique petitio arresti cum apparet injusta, sine dubio à Judi- 70
ce rejicienda erit. Est enim non levis præjudicii res & famæ arrestatorum detrahit. Hinc ne quidem deferendum petitioni, si petens 71
cautionem sufficientissimam offerat, nec liberabit judicem ab actione injuriarum, licet decernat illud periculo petentis, cum mandans & mandatarius pari passu ambulent. Judicis enim officium est iniquas petitiones statim rejicere, nec iis fomentum vel auxilium præbere, cum audiri non debeant ad iniquitates venientes. *L. si quis* 11. *C. de reb. cred.* Mev. *part.* 7. *decis.* 85. Multo magis vero rejiciendum, si vile sit debitum, Mart. *Proc. tit.* 51. §. 3. *n.* 34. *seqq.* ubi plenius de 72
admittenda petitione arresti agit. Cæterum sicuti recte hisce in casibus repellit litigantes à limine judicii, ita si inique eos repellit, non dubitandum, quin ab illa sententia actionem rejiciente appellari possit ad superiorem. Mev. *part.* 1. *dec.* 43. Lanfranc. *in c. quoniam. de Probat.* Bald. *in l.* 2. *C. de Episc. audient.*

CAPUT II.

De Rejectione inepti Libelli.

SUMMARIA.

Repulsio à limine Judicii ob grave præjudicium absque matura causæ cognitione non decernenda. n. 1.
Non eadem ratio in rejectione inepti libelli. 2.
Temeræ rejectiones eorum, quæ pendente processu offeruntur, magis nocent, quam prosunt. 3. seq.
Temeræ admissiones eorum quæ offeruntur itidem nocent. 5.
Judex hic duo extrema vitare debet. 6. seq.
Qualis ineptitudo in rejiciendo inepto libello esse debeat. 8.
Exemplum, si in modo petendi peccatum. 9 10.
Ineptus libellus dentibus lacerandus. 11.
Judicium de phrasi illa communi. 12.
Quatenus ineptus libellus rejiciendus. 13. seq.
Rationes rejectionis adducuntur. 15. seq.
Sententia super inepto libello lata est nulla. 17.
De Efficacia hujus nullitatis. 18.
Judex de legalitate libelli mox ab initio debet cognoscere. 19.
Imo libellum rejicere, etiamsi signum præsentati appositum. n. 20.
Ad quidnam Judex respicere debeat in dijudicanda ineptitudine. 21.
Unde ineptus reddatur libellus? 22. seqq.
Formulæ pronunciandi. 24.
Effectus rejectionis inepti libelli. 25 seq.
Prudentia Judicis in rejiciendis libellis. 27.
Libellus quantum fieri potest sustinendus. 28.
Consilium de admittendo libello. 29.
Si (1.) intentio actionis ex libello percipi possit non temere rejicit libellum. 30.
(2.) Idem est, si petitio narratis congruat, licet non congrua sit actioni allegatæ. 31. seq.
Judex non debet esse nimis scrupulosus & subtilis. 33.
Quid circa ineptam cumulationem attendere debeat. 34. seq.
Ineptitudo non notoria non parit rejectionem. 36.
Ineptus libellus in secunda instantia non rejicitur. 37.

Ne-

Neque in summario Processu. n. 38.
Item si addita libello Clausula salutaris. 39.
De Elogio hujus Clausulæ. 40.
De Consuetudine magis quam vera Scientia multis ab Advocatis adjicii solet. 41.
Virtus hujus Clausulæ & efficacia recensetur. 42. *seq.*
De diverso modo agendi, quando Judex agit secundum officium nobile & mercenarium. 44.
Pœna non additæ clausulæ salutaris secundum Ord. Proc. Magd. n. 45.
Judicium de hac Constitutione. 46. *seq.*
Judicium de communi asserto Dd. libellum ineptum dentibus lacerandum. 48. *seq.*
Libellus articulatus est rejiciendus. 50. *seq.*
Ratio. 51. *seq.*
Quocunque tempore libelli inepti exceptio objicienda. 54.
Libellus articulatus admittitur in processu inquisitorio. &c. 55. *seq.*

Rejectio generalis ipsius actionis instituendæ, de qua *Capite præcedente* dictum, eo majorem meretur deliberationem à Judice, quo majus præjudicium aliquando litigantibus inferre potest. Unde nec sine urgente necessitate accurataque causæ cognitione præcedente necessitate accurataque causæ cognitione præcedente est decernenda. Facilius autem rejiciuntur libelli inepti aliaque pendente Processu oblata, cum non idem præjudicium litigantibus inferatur, sed eis integrum maneat, aptiori modo causam proponendi. Ubi tamen hoc animadverto, sicuti repulsio à limine Judicii omnino facit ad temerarias & injustas lites refrenandas & tranquillitatem publicam stabiliendam; ita econtra faciles rejectiones eorum, quæ pendente processu offeruntur, non raro processus in infinitum extendere & intricatis novisque involvere disputationibus, dum appellatio à rejectione instituitur, imo inter ipsos Advocatos studio prolongandi processus deditos, otiose & tædiose disputatur, an aliqua subsit ineptitudo nec ne? Unde cum & hæc rejectio subordinata esse debeat utilitati publicæ & omni litium abbreviationi, quæ illuc tendit, operam dabo, ut ex genuinis Juris & prudentiæ principiis officium boni & prudentis Judicis exhibeam, & quatenus rejectio imprudens hoc casu impedienda & refrenanda sit, doceam.

(Margin numbers: 1 beside first line; 2 beside "da. Facilius"; 3 beside "integrum maneat"; 4 beside "tudo nec ne")

Insimul tamen non negandum, posse etiam in hoc à Judice pec- 5

peccari, si descriptio eorum, quæ alterutra partium ad Acta offert, temere & promiscue ad respondendum concedatur. Et sane hoc non est è minimis, quod lites protrahat & implicet, cum tamen boni Judices, antequam iis respondere mandant, prius rem probe considerare debeant & ponderare. Unde multa supervacue inter partes
6 in litem veniunt, & processus sæpe confunditur, de quo conqueritur Mev. *part.* 2. *decis.* 349. *n.* 1. Prudentis ergo & boni Judicis est, duo illa extrema hic ante omnia evitare, ne scil. faciles disputationes de ineptitudine admittat, & deinde etiam, ne facile admittat & parti communicet, quæ sunt inepta & Processui non congrua ad causamque nihil pertinentia, sed potius talia rejiciat.

7 Frustra enim horum copia conceditur, dum pars Actorum non sunt. Eleganter id exprimit Mevius *cit. loc. n.* 2. & 3. ubi Judicem ita informat: *Quæ ad Acta recipienda, aut sic comparata sunt, ut super iis alteram partem audire oporteat, statim non modo illa decernenda, sed simul injungendum, ut adversarius intra terminum præfigendum respondeat. Aut vero responsione non egent, & sufficit pervenire ad notitiam alterius partis, ideo saltim permittendum copiam recipere, in Processu vero nihilominus pergendum, nec aut expectandum, ut alter respondeat, nec si responderit, id Actis addendum, quo lis protelctur, sed potius quicquid supervacuum, statim rejiciendum.* Hactenus Mevius.

8 Ut vero propius rem ipsam attingamus, præsupponimus hic *ineptitudinem petitionum talem*, quæ nulla ratione per bonam & benignam interpretationem salvari, sed quia contra Jurium præscripta est, à Judice admitti nequit. In specialibus hæc generaliter dicta
9 specialibus exhibenda erunt. Præprimis autem in modo petendi peccari potest, licet desiderium ejus qui supplicat, non sit injustum: Sic in causis quæ ad alienum forum spectant dari solent non nisi intercessionales & preces. Inepte autem petit, qui tali casu à superiori Rescriptum aut potius præscriptum rogare vellet, ut Judex alterius loci v. c. examinaret testes: Hinc preces tales prout proferuntur
10 rejici debent & solent. Mev. *part.* 3. *dec.* 145. Unde nihil frequentius est, quam in Camera Imperiali ita pronunciari ad ineptam petitio-

Digitized by Google

titionem: Wie gebeten abgeschlagen. Stryk. *Colleg. pract. in Introd. ad Prax. forens. Sect. 3. membr. 3. §. 1.* In specie vero *ineptus libellus* in 11
processu non facile admittendus, quin potius, uti communis Doctorum Schola cum Glossa *in L. 1. ff. de offic. assess.* loqui amat, dentibus lacerandus.

Quæ phrasis ita communis est & decantata, ut vix ullus hodie 12
supersit liber, in quo, si de ineptitudine sermo incidat, hæc non reperiatur. Puto autem à Glossa hunc flosculum esse inventum, ut Judicis denotet indignationem & iram, sicuti alias etiam germanice dicere solemus: Wenn ich ihn hätte, ich wolte ihn mit den Zähnen zerreissen. Sed ita intellecta phrasi, nescio annon minus apte adhibeatur, cum notum sit, Judicem in cognoscendo excandescere non debere. *l. observandum. 19. ff. de Offic. Præs.* Imo nec puto ullam hic judici indignandi causam esse, uti ex subsequentibus apparebit. Certe mansuetudinem Christianam non sapit ista locutio.

Attamen jam quidem sano sensu retineamus rem per illum Glossæ 13
flosculum indigitatam, scil. ineptum libellum à judice esse rejiciendum. Zanger. *de Except. part. 2. cap. 16. n. 6.* Gail. 1. *obs. 67.* Brunn. *in Process. civ. c. 5. n. 9.* Carpz. *de Process. tit. 6. art. 1. n. 29. seqq.* Inde 14
non tantum adversus actorum petitiones reis competit libelli inepti exceptio, sed etiam judicis est, ineptas petitiones non admittere; quin potius, etiam non exspectata partis oppositione, rejicere. Mev. *part. 5. dec. 92.* conf. *Constit. Elect. August. 2. p. 1.* vers. und wenn das Libell gleich nicht vom Parth angefochten, jedoch officio Judicis verworffen werden soll.

Et quidem non sine ratione id Judicibus injunctum: facit enim 15
omnino hoc ad lites eo felicius & facilius dirimendas. Cum enim 16
libellus sit totius processus fundamentum & quasi truncus arboris judiciariæ, Mart. *in Comm. ad Proc. Saxon. tit. 5. §. 1. n. 1. seqq.* & sic omnes reliqui actus ad eum sese referant, apparet, quantum præjudicium toti afferatur Processui, ubi in fundamento ineptitudo aut nullitas commissa. Unde Sententia super inepto libello lata, ipso 17
Jure etiam parte non opponente, nulla est, cum sententia omnino

tenea-

teneatur esse conformis libello, qui si nullius momenti est, etiam ipsam sententiam nullius momenti esse debere, apparet. Gail. 1. ob-
18 *serv.* 66. *n.* 1. Et hujus nullitatis tantam esse efficaciam communiter asserunt, ut sub Statuto nullitates nuncupatim & in specie tollente, non comprehendatur nullitas ex defectu ineptitudinis libelli. Gail. *c. l. n.* 5. Mynf. *Cent.* 6. *obs.* 5. *n.* 7. Unde & illud sequitur, hanc exceptionem quandocunque opponi posse, etiam post sententiam. Blas. Altimar. *de Nullit. Sentent. P.* 2. *rubr.* 13 *quæst.* 311. *n.* 112. Berl. *lib.* 1. *cons.* 11. *n.* 4. Coler. *dec.* 118. *n.* 3. *seqq.*

19 Ex quibus patet, Judicem statim atque libellus fuerit exhibitus, de ejus legalitate debere cognoscere, utrum admittendus an rejiciendus, ne postea reperta ineptitudine corruant Acta & annullentur,
20 Mart. *in Proc. cit. loc. n* 68. quo ipso lites non excrescere. Solet autem statim atque libellus aut alia scripta in Judicio fuerint producta, ab Actuario vel Secretario Judicii signum *præsentati* scripto oblato præfigi. Unde quæri posset, an non obstante hoc testimonio præsentati nihilominus Judex libellum rejicere queat? ratio dubitandi inde desumenda foret, quod eo ipso scriptum oblatum approbatum censeretur, sed quia habet vim testimonii non approbationis, sed insinuationis, & inde raro ab ipso Judice affigitur, & plerumque non
21 perlecto libello apponitur, nullum præjudicium oriri puto. Debet vero in dijudicanda ineptitudine Judex imprimis attendere, an ex libello concludatur jus agendi, & an partes necessariæ adsint, nec ne?
22 Ineptus enim redditur & omnino rejiciendus libellus (1.) si pars necessaria desit, ut si nulla causa proferatur vel generalis nimis aut indiscreta, Brunnem. *in Proc. civ. c.* 5. *n.* 10. (2.) si conclusio sit inepta, & non recte & accurate formata ex natura actionis, Stryk. *Introd. ad Prax. for. c.* 7. *§.* 3. *in f.* (3.) si inepta sit actionum cumulatio, i. e. si cumulentur actiones contrariæ, Zang. *de Except. part.* 2. *cap.* 19. Carpz. *in Proc. tit.* 6. *art.* 1. *n.* 8. *seqq.* Id. *L.* 2. *Resp.* 53. *n.* 10. (4.) si
23 plures adsint rei conveniendi Brunn. *c. l. n.* 11. Et in genere quicunque libellus necessariis requisitis destituitur, vel non recte concludit, vel non cumulanda cumulat, ineptus dici meretur, & propterea rejiciendus, Brunn. *c. l. n.* 9. Solet propterea in Judiciis ita pronunciari vel generalius: Daß die Klage, immassen sie angebracht,
nicht

Digitized by Google

nicht statt finde: vel: Würde Kläger seine Klage förmlicher einrichten, soll darauf ferner ergehen, was recht ist, vel specialius, si obscuritas in libelo emandanda occurrat: Würde Kläger förmlicher seine Klage, als geschehen, vorbringen, und sein Petitum auf etwas gewisses richten, immassen ihm solches zu thun oblieget; so ist Beklagter sich darauf einzulassen, zu antworten, und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig, Stryk. *in Colleg. pract. S.* 3. *m.* 3. §. 1. Quo ipso tamen solummodo reus ab in- 25
stantia absolvitur, reservato ei Jure agendi competente, novo enim processu opus est, Mev. *part.* 6. *decis.* 349. *n.* 4. & actor in expensas condemnatur; conf. Gail. 1. *obs.* 67. *n.* 1. Imo non tantum rejectio 26
illa libelli inepti hunc producit effectum, sed etiam alii effectus pereunt, qui ex libello oblato alias produci solent, veluti quod interrumpatur præscriptio, Judicium enim male fundatum præscriptionem non perimit, Gail. *c. l. n.* 3.

Cæterum ne Judex facile hoc casu, dum ineptum libellum re- 27
jicere debet ex officio, in extremum incidat, & prudentiæ suæ, qua omnes actus judiciales temperandæ, defectum prodat, cautionem singularem adhibere debet. Hoc enim pro abbreviandis litibus omni- 28
no judici incumbit, ut libellum, quantum fieri potest, sustineat. Mynf. *Cent.* 4. *observ.* 5. Gail. 1. *obs.* 66. *n.* 9. ideo juxta intentionem actoris interpretatione potius juvare quam rejicere convenit. Id. 1. *obs.* 61. *n.* 16. imo verba libelli impropriandа sunt ad hoc, ut salvetur, & late intelligenda, ut includant intentionem libellantis. *L. si quis intentione.* 66. *ff. de jud.* Id. *obs. cit.* 66. *n.* 8. Brunn. *Process. civ. c.* 5. *n.* 14. ad ipsius enim officium pertinet lites finire. Hinc quamvis 29
alias, ut dictum, Judex ineptum libellum ex officio rejicere debeat, tamen & hic consultius esse putat Stryk. *in Colleg. pract. S.* 3. *m.* 3. §. 1. ne necessum habeat, cum actore super libello disputare, ut ad petita actoris decernat citationem, & expectet, donec reus exceptionem libelli inepti opposuerit, & demum pronunciet, ut supra dictum.

Unde Judex attendere debet (1.) an, licet verba libelli quæ- 30
dam sint obscura & dubia, tamen ex cæteris intentio petentis satis percipi possit, quo casu bonus Judex non rejicit petitionem sed ad-

admittit, & eam actionem inſtitutam eſſe ex iis interpretatur, quæ
petenti utiliſſima erunt ac propoſito negotio maxime congrua, Mev.
part. 6. *dec.* 148. *n.* 5. Neque enim Judex nimis ſubtilis & ſcrupu-
loſus eſſe debet; Qui enim multum ſubtilizat, ſe ipſum frangit, eſt
31 aſſertum Alberici *in L. ſancimus. C. ad SCt. Trebell.* (2.) An apta ſit
narratio & petitio narratis conveniat, licet actioni quæ intentata di-
citur, non congruat. Solent enim Advocati aliquando genus actio-
nis exprimere & tamen petitionem, quamvis in ſe ſatis aptam, huic
tamen actioni non convenientem, ſubjicere, quo caſu Judex hujus
non habere debet rationem, ſed id quod narratum & petitum ſequi,
nec ultra ſolicitus de genere & nomine actionis, ſed quod Juri con-
venit pronunciare. Judicis enim eſt, errantem in rectam viam de-
32 ducere, Mev. *part.* 8. *dec.* 134. *n.* 67. ubi ſtatim ab initio *cit. Deciſ.*
monet, imprudenter ſæpe hic Judices peccare. *Poſtquam enim,* ait, *ſibi
aliquod genus* (actionis) *imaginati ſunt, tenaciſſime inhærent non modo
perſuaſioni ſuæ, ſed illam pro Regula ducunt & ſequuntur. Ex quo ſæ-
pius evenit, ut qui juſtam alias cauſam in judicium profert, ob non exa-
ctiſſime ſervata ejus, quæ judici videtur, actionis requiſita, iſta cadat.
Multum quidem expedit ſcire genus actionis & ei cuncta litis attempera-
33 re, at in eo nimis ſubtilem & curioſum eſſe non decet.* Ex quibus dein-
de infert: Judicem non adeo de genere actionis ſollicitum & ſcru-
puloſum eſſe, ſed tantum merita cauſæ, ex his petitionem conſide-
rare debere. (3.) Equidem ex cumulatione inepta plurium actionum
etiam rejectionem libelli oriri ſupra dictum, ſed tamen & hic Ju-
dex prudentiam adhibeat. Informat etiam hoc caſu Judicem Mev.
34 *cit. loc.* & monet, ut in cumulatione, ſiquidem omnes congruæ ſunt,
utiliorem eligat, & juxta eam judicet; Imo ſi aliæ aptæ, aliæ ineptæ,
aptiorem & narratis convenientiorem ſequatur, ſi omnes ineptæ &
petitio ipſa à narratis diverſa, tunc demum rejiciat libellum ut ineptum,
35 non item ſi petitio narratis congrua. Integrum tamen Judici eſt illo
caſu, partem de recta via admonere, & interloquendo partes dedu-
cere ad iſtam viam perſequendi, prout narratis id congruum repe-
36 rerit, Brunn. *Proceſſ. civ. c.* 5. *n.* 14. (4.) Attendat quoque, an vitia
libelli ſint notoria, & in oculos incurrant. Quodſi enim hoc eſſet,
admittat libellum ſalva adverſæ partis exceptione. Quo caſu illa
deduci

Digitized by Google

deduci in exceptione debent, & causa allegari, cur & in quo ineptus deprehendatur. Neque enim in dubio libellus ineptus præsumitur. Mev. *part.* 5. *dec.* 197. Mart. *Proc. tit.* 5. §. 1. *n.* 80. (5.) Quoad ipsum Processum observet, an prima an secunda vertatur instantia: Libel- 37
lus enim in secunda instantia non rejicitur, etiamsi conclusione careat, & sufficit constare id, quod appellans vult & petit ex articulis aut narratis gravatorialibus seu ex Actis prioris instantiæ. Mev. *part.* 8. *dec.* 88. Deinde an sit ordinarius an summarius. Summarius 38
enim non requirit solennem libellum, modo quid actor velit petatque constet. Zaunschliffer. *de offic. jud. supplet. part.* 2. *concl.* 7. §. 2. Si tamen exhibeatur, ejus ineptitudo non vitiat processum neque judicium: Nam quoties aliquid non necessario requiritur, si illud interveniat, etiam inepte, actum non vitiat. Gail. 1. *obs.* 66. *num.* 15. Brunn. *cit. loc. n.* 13. Et denique (6.) in quo potissimum momentum 39
Doctores collocare solent, inspiciat, an non sit libello adjecta clausula salutaris satis decantata: *super his omnibus quæ jam petita, aut quæ de Jure & Consuetudine omni meliori modo peti debuissent, vel potuissent, imploro nobile judicis officium, pro jure & justitia administranda.* Hæc enim est illa her- 40
ba Bethonica, ut eam emphatice, uti sibi imaginantur, appellant Dd. Gail. 1. *obs.* 61. *n.* 12. Mev. *part.* 3. *dec.* 351. *n.* 8. quam adeo magnifaciunt Practici, ut crederes, tantam ei inesse virtutem & efficaciam, ut quasi panaceam præbeat adversus omnes morbos libelli, & uno quasi collyrio omnibus vitiis mederi possit; Martin. *Process. Sax. tit.* 5. §. 2. *n.* 6. hinc & juniores Practicos diligenter & cum summa obtestatione admonent, ne eam negligant. Unde & factum ut nullus 41
fere tam jejunus sit practicus, qui eam omittat, magis ex consuetudine, quam ut veram virtutem hujus clausulæ intelligat. Experientia enim teste comprobatum est, sæpius ab Advocatis interrogatis, cur semper eandem in omnibus libellis ingeminent cantilenam, responsum esse, hoc esse ita moris, & de stylo Curiæ, qualia sanctissime recolenda: Et ita magis Psittacos eos crederes quam homines. 42
Age, videamus de egregia & salutari virtute hujus clausulæ. Sed elogia ejus tam superba sunt, ut si in recensendis illis tempus perdere & chartam replere vellemus, vix dies sufficeret, & justæ disputationis limites excederet labor. Brevibus: Tantæ dicitur esse effica- 43
ciæ, ut ejus virtute omnis actio omneque remedium competens &

 resul-

resultans ex narratis in judicium deductum esse videatur, quia adjiciens hanc clausulam censetur Judicem interpellasse, ita ut officium suum impertiri possit, Gail. I. *obs.* 61. *n.* 11. 12. Stryk. *Introd. ad Praxin for. c.* 7. §. 11. & omnes defectus supplere, Brunn. *Processf. civ. c.* 5. *n.* 14. Mev. *part.* 5. *dec.* 351. *n.* 8. Conf. Mart. *Proc. Sax. cit. l.* ubi fusius virtutes ejus recenset.
44 Aliter enim agit Judex, quando agit secundum officium mercenarium, & aliter, quando secundum nobile. Secundum illud tantum institutæ actioni inservit, & non imploratus officium non impertitur, nec ultra libelli petita procedit: Ast ubi secundum nobile officium procedit, non est adstrictus ad libelli placita, sed liberius agit, & sic etiam petenda in libello supplet, modo ex narratis & deductis consequantur. Mev. *part.* 8. *dec.* 134. *n.* 6. Nequit enim ultra Jura & narrata libelli operari, Ant. Fab. *in C. lib.* 2. *tit.* 40. *def.* 3. neque etiam libellum salvare, si adeo ineptus est, ut ex eo constare non possit reo, cedere an contendere debeat, Carpz. *Proc. tit.* 6. *art.* 2. *n.* 5. *seq.*
45 qualis ineptitudo in hominem sana mente præditum vix cadit. Brunn. *cit. loc.* Illud vero notabile est, quod ad evitandas illas inepti libelli exceptiones, quibus non raro lites protrahuntur, constitutum sit in Ordin. Proc. Magdeb. *Cap.* 18. §. 1. ut hæc clausula ab Advocatis sub pœna 5. thalerorum nunquam omittatur, damit obgleich die Petition der Klage inept und unförmlich oder nicht genugsam wäre, dennoch auf die Narrata und erzehlte Geschichte ergehen und erkannt werden möge, was recht ist. Gestalt denn jeder Richter, vi hujus Clausulæ, schuldig und befugt seyn soll, dasjenige, was der Advocat circa Jus übergangen, secundum Acta & probata in sententionando zu suppliren.
46 Sed primo, diceres, ita in Ducatu Magd. cessare omnes exceptiones inepti libelli: ita est, debebant cessare, & Advocati his ineptis exceptionibus rejici & puniri: si enim judex, non obstante inepta petitione, ex officio, quod peti debebat, supplere tenetur, utique non amplius locus est exceptioni libelli inepti; cum alias frustranea foret illa dispositio Ordinationis. Sed, ex relatione Præsidis habeo, hæc ita negliguntur, & malitiæ Advocatorum frenum non injicitur. Deinde, nescio annon Judex jam extra illam clausulam salutarem obstrictus sit, ad illud, quod Advocatus circa jus prætermisit, in sententionando supplendum per tit. C. *ut quæ desunt advocat. part.* quæ dispositio generalis generatim

ratim exercenda non tantum circa sententiam sed etiam in processu.

Quanquam enim circa facti narrationem partium defectus supplere non debeat, aliud tamen in iis omnino est, quæ ad Jus spectant, quæ supplere non modo potest, sed debet. Hinc & in processu ei integrum est interloquendo partes deducere ad justam viam, Jus suum persequendi prout id narratis congruum reperit, ceu superius jam dictum *n.* 35. adeo, ut si vel à genere actionis, quæ instituitur, alienum, vel quod narratis non conveniens petitur, poterit, non attentis iis, quæ obscure aguntur, quod convenit partibus injungere, prout hæc egregie & fusius illustrat & deducit Mev. *part.* 3. *dec.* 351. Judex enim quid justum est, nosse, non aliunde emendicare debet. *Nov.* 82. *pr.* 47

Si jam ea, quæ hactenus fusius quodammodo exposita sunt, conferamus, mirum est, quod Doctores adeo multum de rejectione libelli inepti ingeminent, & cantum glossæ ubique crepent, libellum ineptum dentibus esse lacerandum, cum positis illis, quæ jam illata sunt, vix casus evenire possit, aut saltim admodum difficulter, ubi libellus rejiciendus. add. Brunnem. *cit. c.* 5. *n.* 14. Unde cantui Glossæ decantato opponere liceat alium canonem magis favorabilem: *judici incumbere, ut libellum ineptum quantum fieri potest, sustineat.* 48 49

Cæterum occurrit aliud inepti libelli genus in forma peccans, quod publicis reprobatum est legibus, quoties scil. libellus per articulos concipitur. Frequentissimus enim olim erat mos ille libellandi, ubi certis articulis factum includebatur, ac per omnes circumstantias deducebatur. Inde tamen eveniebat sæpissime, ut factum istiusmodi articulis magis intricaretur quam extricaretur, imo dum super admissibilitate articulorum disputabatur, veluti, an sint impertinentes, captiosæ, dubiæ, processus ipse protelaretur. Ob has ergo & similes causas in R. I. noviss. *de Anno* 1654. §. 34. 37. *&* 64. modus libellandi per articulos plane sublatus, tam in prima quam secunda instantia, & litigantibus injunctum: Daß ein jeder seine Klage 50 51 52

CAPUT II.

De Rejectione inepti Libelli.

SUMMARIA.

Repulsio à limine Judicii ob grave præjudicium absque matura causæ cognitione non decernenda. n. 1.
Non eadem ratio in rejectione inepti libelli. 2.
Temeræ rejectiones eorum, quæ pendente processu offeruntur, magis nocent, quam prosunt. 3. seq.
Temeræ admissiones eorum quæ offeruntur itidem nocent. 5.
Judex hic duo extrema vitare debet. 6. seq.
Qualis ineptitudo in rejiciendo inepto libello esse debeat. 8.
Exemplum, si in modo petendi peccatum. 9 10.
Ineptus libellus dentibus lacerandus. 11.
Judicium de phrasi illa communi. 12.
Quatenus ineptus libellus rejiciendus. 13. seq.
Rationes rejectionis adducuntur. 15. seq.
Sententia super inepto libello lata est nulla. 17.
De Efficacia hujus nullitatis. 18.
Judex de legalitate libelli mox ab initio debet cognoscere. 19.
Imo libellum rejicere, etiamsi signum præsentati appositum. n. 20.
Ad quidnam Judex respicere debeat in dijudicanda ineptitudine. 21.
Unde ineptus reddatur libellus? 22. seqq.
Formulæ pronunciandi. 24.
Effectus rejectionis inepti libelli. 25 seq.
Prudentia Judicis in rejiciendis libellis. 27.
Libellus quantum fieri potest sustinendus. 28.
Consilium de admittendo libello. 29.
Si (1.) intentio actionis ex libello percipi possit non temere rejicit libellum. 30.
(2.) Idem est, si petitio narratis congruat, licet non congrua sit actioni allegatæ. 31. seq.
Judex non debet esse nimis scrupulosus & subtilis. 33.
Quid circa ineptam cumulationem attendere debeat. 34. seq.
Ineptitudo non notoria non parit rejectionem. 36.
Ineptus libellus in secunda instantia non rejicitur. 37.

Ne-

Neque in summario Processu. n. 38.
Item si addita libello Clausula salutaris. 39.
De Elogio bujus Clausulæ. 40.
De Consuetudine magis quam vera Scientia multis ab Advocatis adjicii solet. 41.
Virtus hujus Clausulæ & efficacia recensetur. 42. *seq.*
De diverso modo agendi, quando Judex agit secundum officium nobile & mercenarium. 44.
Pœna non additæ clausulæ salutaris secundum Ord. Proc. Magd. n. 45.
Judicium de hac Constitutione. 46. *seq.*
Judicium de communi asserto Dd. libellum ineptum dentibus lacerandum. 48. *seq.*
Libellus articulatus est rejiciendus. 50. *seq.*
Ratio. 51. *seq.*
Quocunque tempore libelli inepti exceptio objicienda. 54.
Libellus articulatus admittitur in processu inquisitorio. &c. 55. *seq.*

Rejectio generalis ipsius actionis instituendæ, de qua *Capite præcedente* dictum, eo majorem meretur deliberationem à Judice, 1
quo majus præjudicium aliquando litigantibus inferre potest. Unde nec sine urgente necessitate accurataque causæ cognitione præcedente necessitate accurataque causæ cognitione præcedente est decernenda. Facilius autem rejiciuntur libelli inepti aliaque pendente Processu 2
oblata, cum non idem præjudicium litigantibus inferatur, sed eis integrum maneat, aptiori modo causam proponendi. Ubi tamen 3
hoc animadverto, sicuti repulsio à limine Judicii omnino facit ad temerarias & injustas lites refrenandas & tranquillitatem publicam stabiliendam; ita econtra faciles rejectiones eorum, quæ pendente processu offeruntur, non raro processus in infinitum extendere & intricatis novisque involvere disputationibus, dum appellatio à rejectione instituitur, imo inter ipsos Advocatos studio prolongandi processus deditos, otiose & tædiose disputatur, an aliqua subsit ineptitudo nec ne? Unde cum & hæc rejectio subordinata esse debeat uti- 4
litati publicæ & omni litium abbreviationi, quæ illuc tendit, operam dabo, ut ex genuinis Juris & prudentiæ principiis officium boni & prudentis Judicis exhibeam, & quatenus rejectio imprudens hoc casu impedienda & refrenanda sit, doceam.

Insimul tamen non negandum, posse etiam in hoc à Judice 5
pec-

peccari, si descriptio eorum, quæ alterutra partium ad Acta offert, temere & promiscue ad respondendum concedatur. Et sane hoc non est è minimis, quod lites protrahat & implicet, cum tamen boni Judices, antequam iis respondere mandant, prius rem probe considerare debeant & ponderare. Unde multa supervacue inter partes
6 in litem veniunt, & processus sæpe confunditur, de quo conqueritur Mev. *part.* 2. *decis.* 349. *n.* 1. Prudentis ergo & boni Judicis est, duo illa extrema hic ante omnia evitare, ne scil. faciles disputationes de ineptitudine admittat, & deinde etiam, ne facile admittat & parti communicet, quæ sunt inepta & Processui non congrua ad causamque nihil pertinentia, sed potius talia rejiciat.

7 Frustra enim horum copia conceditur, dum pars Actorum non fiunt. Eleganter id exprimit Mevius *cit. loc. n.* 2. & 3. ubi Judicem ita informat: *Quæ ad Acta recipienda, aut sic comparata sunt, ut super iis alteram partem audire oporteat, statim non modo illa decernenda, sed simul injungendum, ut adversarius intra terminum præfigendum respondeat. Aut vero responsione non egent, & sufficit pervenire ad notitiam alterius partis, ideo saltim permittendum copiam recipere, in Processu vero nihilominus pergendum, nec aut expectandum, ut alter respondeat, nec si responderit, id Actis addendum, quo lis protelетur, sed potius quicquid supervacuum, statim rejiciendum.* Hactenus Mevius.

8 Ut vero propius rem ipsam attingamus, præsupponimus hic *ineptitudinem petitionum talem*, quæ nulla ratione per bonam & benignam interpretationem salvari, sed quia contra Jurium præscripta est, à Judice admitti nequit. In specialibus hæc generaliter dicta
9 specialibus exhibenda erunt. Præprimis autem in modo petendi peccari potest, licet desiderium ejus qui supplicat, non sit injustum; Sic in causis quæ ad alienum forum spectant dari solent non nisi intercessionales & preces. Inepte autem petit, qui tali casu à superiori Rescriptum aut potius præscriptum rogare vellet, ut Judex alterius loci v. c. examinaret testes: Hinc preces tales prout proferuntur
10 rejici debent & solent. Mev. *part.* 3. *dec.* 145. Unde nihil frequentius est, quam in Camera Imperiali ita pronunciari ad ineptam petitio-

titionem: Wie gebetten abgeschlagen. Stryk. *Colleg. pract. in Introd. ad*
Prax. forens. Sect. 3. *membr.* 3. §. 1. In specie vero *ineptus libellus* in 11
processu non facile admittendus, quin potius, uti communis Docto-
rum Schola cum Glossa *in L.* 1. *ff. de offic. assess.* loqui amat, dentibus
lacerandus.

Quæ phrasis ita communis est & decantata, ut vix ullus hodie 12
supersit liber, in quo, si de ineptitudine sermo incidat, hæc non
reperiatur. Puto autem à Glossa hunc flosculum esse inventum, ut
Judicis denotet indignationem & iram, sicuti alias etiam germanice
dicere solemus: Wenn ich ihn hätte, ich wolte ihn mit den Zähnen zer-
reissen. Sed ita intellecta phrasi, nescio annon minus apte adhibea-
tur, cum notum sit, Judicem in cognoscendo excandescere non de-
bere. *l. observandum.* 19. *ff. de Offic. Præs.* Imo nec puto ullam hic
judici indignandi causam esse, uti ex subsequentibus apparebit. Cer-
te mansuetudinem Christianam non sapit ista locutio.

Attamen jam quidem sano sensu retineamus rem per illum Glossæ 13
flosculum indigitatam, scil. ineptum libellum à judice esse rejicien-
dum. Zanger. *de Except. part.* 2. *cap.* 16. *n.* 6. Gail. 1. *obs.* 67. Brunn.
in Process. civ. c. 5. *n.* 9. Carpz. *de Process. tit.* 6. *art.* 1. *n.* 29. *seqq.* Inde 14
non tantum adversus actorum petitiones reis competit libelli inepti
exceptio, sed etiam judicis est, ineptas petitiones non admittere;
quin potius, etiam non exspectata partis oppositione, rejicere. Mev.
part. 5. *dec.* 92. conf. *Constit. Elect. August.* 2. *p.* 1. vers. und wenn das
Libell gleich nicht vom Parth angefochten, jedoch officio Judicis ver-
worffen werden soll.

Et quidem non sine ratione id Judicibus injunctum: facit enim 15
omnino hoc ad lites eo felicius & facilius dirimendas. Cum enim 16
libellus sit totius processus fundamentum & quasi truncus arboris
judiciariæ, Mart. *in Comm. ad Proc. Saxon. tit.* 5. §. 1. *n.* 1. *seqq.* & sic
omnes reliqui actus ad eum sese referant, apparet, quantum præ-
judicium toti afferatur Processui, ubi in fundamento ineptitudo aut
nullitas commissa. Unde Sententia super inepto libello lata, ipso 17
Jure etiam parte non opponente, nulla est, cum sententia omnino
tenea-

teneatur esse conformis libello, qui si nullius momenti est, etiam ipsam sententiam nullius momenti esse debere, apparet. Gail. 1. ob-
18 *serv.* 66. *n.* 1. Et hujus nullitatis tantam esse efficaciam communiter asserunt, ut sub Statuto nullitates nuncupatim & in specie tollente, non comprehendatur nullitas ex defectu ineptitudinis libelli. Gail. *c.l.n.* 5. Mynf. *Cent.* 6. *obs.* 5. *n.* 7. Unde & illud sequitur, hanc exceptionem quandocunque opponi posse, etiam post sententiam. Blas. Altimar. *de Nullit. Sentent. P.* 2. *rubr.* 13 *quæst.* 311. *n.* 112. Berl. *lib.* 1. *consf.* 11. *n.* 4. Coler. *dec.* 118. *n.* 3. *seqq.*

19 Ex quibus patet, Judicem statim atque libellus fuerit exhibitus, de ejus legalitate debere cognoscere, utrum admittendus an rejiciendus, ne postea reperta ineptitudine corruant Acta & annullentur,
20 Mart. *in Proc. cit. loc. n* 68. quo ipso lites non excrescere. Solet autem statim atque libellus aut alia scripta in Judicio fuerint producta, ab Actuario vel Secretario Judicii signum *præsentati* scripto oblato præfigi. Unde quæri posset, an non obstante hoc testimonio præsentati nihilominus Judex libellum rejicere queat? ratio dubitandi inde desumenda foret, quod eo ipso scriptum oblatum approbatum censeretur, sed quia habet vim testimonii non approbationis, sed insinuationis, & inde raro ab ipso Judice affigitur, & plerumque non
21 perlecto libello apponitur, nullum præjudicium oriri puto. Debet vero in dijudicanda ineptitudine Judex imprimis attendere, an ex libello concludatur jus agendi, & an partes necessariæ adsint, nec ne?
22 Ineptus enim redditur & omnino rejiciendus libellus (1.) si pars necessaria desit, ut si nulla causa proferatur vel generalis nimis aut indiscreta, Brunnem. *in Proc. civ. c.* 5. *n.* 10. (2.) si conclusio sit inepta, & non recte & accurate formata ex natura actionis, Stryk. *Introd. ad Prax. for. c.* 7. §. 3. *in f.* (3.) si inepta sit actionum cumulatio, i.e. si cumulentur actiones contrariæ, Zang. *de Except. part.* 2. *cap.* 19. Carpz. *in Proc. tit.* 6. *art.* 1. *n.* 8. *seqq.* Id. *L.* 2. *Resp.* 53. *n.* 10. (4.) si
23 plures adsint rei conveniendi Brunn. *c. l. n.* 11. Et in genere quicunque libellus necessariis requisitis destituitur, vel non recte concludit, vel non cumulanda cumulat, ineptus dici meretur, & propterea rejiciendus, Brunn. *c. l. n.* 9. Solet propterea in Judiciis ita pronunciari vel generalius: Daß die Klage, inmassen sie angebracht,

nicht

Digitized by Google

nicht statt finde: vel: Würde Kläger seine Klage förmlicher einrichten, soll darauf ferner ergehen, was recht ist, vel specialius, si obscuritas in libelo emandanda occurrat: Würde Kläger förmlicher seine Klage, als geschehen, vorbringen, und sein Petitum auf etwas gewisses richten, immassen ihm solches zu thun oblieget; so ist Beklagter sich darauf einzulassen, zu antworten, und den Krieg rechtens zu befestigen schuldig, Stryk. *in Colleg. pract. S. 3. m. 3. §. 1.* Quo ipso tamen solummodo reus ab in- 25
stantia absolvitur, reservato ei Jure agendi competente, novo enim processu opus est, Mev. *part. 6. decis.* 349. *n.* 4. & actor in expensas condemnatur; conf. Gail. 1. *obs.* 67. *n.* 1. Imo non tantum rejectio 26
illa libelli inepti hunc producit effectum, sed etiam alii effectus pereunt, qui ex libello oblato alias produci solent, veluti quod interrumpatur præscriptio, Judicium enim male fundatum præscriptionem non perimit, Gail. *c. l. n.* 3.

Cæterum ne Judex facile hoc casu, dum ineptum libellum re- 27
jicere debet ex officio, in extremum incidat, & prudentiæ suæ, qua omnes actus judiciales temperandæ, defectum prodat, cautionem singularem adhibere debet. Hoc enim pro abbreviandis litibus omni- 28
no judici incumbit, ut libellum, quantum fieri potest, sustineat. Mynf. *Cent.* 4. *observ.* 5. Gail. 1. *obs.* 66. *n.* 9. ideo juxta intentionem actoris interpretatione potius juvare quam rejicere convenit. Id. 1. *obs.* 61. *n.* 16. imo verba libelli impropriandа sunt ad hoc, ut salvetur, & late intelligenda, ut includant intentionem libellantis. *L. si quis intentione. 66. ff. de jud.* Id. *obs. cit. 66. n.* 8. Brunn. *Process. civ. c.* 5. *n.* 14. ad ipsius enim officium pertinet lites finire. Hinc quamvis 29
alias, ut dictum, Judex ineptum libellum ex officio rejicere debeat, tamen & hic consultius esse putat Stryk. *in Colleg. pract. S. 3. m. 3. §. 1.* ne necessum habeat, cum actore super libello disputare, ut ad petita actoris decernat citationem, & expectet, donec reus exceptionem libelli inepti opposuerit, & demum pronunciet, ut supra dictum.

Unde Judex attendere debet (1.) an, licet verba libelli quæ- 30
dam sint obscura & dubia, tamen ex cæteris intentio petentis satis percipi possit, quo casu bonus Judex non rejicit petitionem sed ad-

admittit, & eam actionem institutam esse ex iis interpretatur, quæ
petenti utilissima erunt ac proposito negotio maxime congrua, Mev.
part. 6. *dec.* 148. *n.* 5. Neque enim Judex nimis subtilis & scrupu-
losus esse debet; Qui enim multum subtilizat, se ipsum frangit, est
31 assertum Alberici *in L. sancimus. C. ad SCt. Trebell.* (2.) An apta sit
narratio & petitio narratis conveniat, licet actioni quæ intentata di-
citur, non congruat. Solent enim Advocati aliquando genus actio-
nis exprimere & tamen petitionem, quamvis in se satis aptam, huic
tamen actioni non convenientem, subjicere, quo casu Judex hujus
non habere debet rationem, sed id quod narratum & petitum sequi,
nec ultra solicitus de genere & nomine actionis, sed quod Juri con-
venit pronunciare. Judicis enim est, errantem in rectam viam de-
32 ducere, Mev. *part.* 8. *dec.* 134. *n.* 67. ubi statim ab initio *cit. Decis.*
monet, imprudenter sæpe hic Judices peccare. *Postquam enim,* ait, *sibi
aliquod genus* (actionis) *imaginati sunt, tenacissime inhærent non modo
persuasioni suæ, sed illam pro Regula ducunt & sequuntur. Ex quo sa-
pius evenit, ut qui justam alias causam in judicium profert, ob non exa-
ctissime servata ejus, quæ judici videtur, actionis requisita, ista cadat.
Multum quidem expedit scire genus actionis & ei cuncta litis attempera-
33 re, at in eo nimis subtilem & curiosum esse non decet.* Ex quibus dein-
de infert: Judicem non adeo de genere actionis sollicitum & scru-
pulosum esse, sed tantum merita causæ, ex his petitionem conside-
rare debere. (3.) Equidem ex cumulatione inepta plurium actionum
etiam rejectionem libelli oriri supra dictum, sed tamen & hic Ju-
dex prudentiam adhibeat. Informat etiam hoc casu Judicem Mev.
34 *cit. loc.* & monet, ut in cumulatione, siquidem omnes congruæ sunt,
utiliorem eligat, & juxta eam judicet; Imo si aliæ aptæ, aliæ ineptæ,
aptiorem & narratis convenientiorem sequatur, si omnes ineptæ &
petitio ipsa à narratis diversa, tunc demum rejiciat libellum ut ineptum,
35 non item si petitio narratis congrua. Integrum tamen Judici est illo
casu, partem de recta via admonere, & interloquendo partes dedu-
cere ad istam viam persequendi, prout narratis id congruum repe-
36 rerit, Brunn. *Procesf. civ. c.* 5. *n.* 14. (4.) Attendat quoque, an vitia
libelli sint notoria, & in oculos incurrant. Quodsi enim hoc cesset,
admittat libellum salva adversæ partis exceptione. Quo casu illa
deduci

Digitized by Google

deduci in exceptione debent, & causa allegari, cur & in quo ineptus deprehendatur. Neque enim in dubio libellus ineptus præsumitur. Mev. *part.*5. *dec.* 197. Mart. *Proc. tit.* 5. §. 1. *n.* 80. (5.) Quoad ipsum Processum observet, an prima an secunda vertatur instantia: Libel- 37
lus enim in secunda instantia non rejicitur, etiamsi conclusione careat, & sufficit constare id, quod appellans vult & petit ex articulis aut narratis gravatorialibus seu ex Actis prioris instantiæ. Mev. *part.* 8. *dec.* 88. Deinde an sit ordinarius an summarius. Summarius 38
enim non requirit solennem libellum, modo quid actor velit petatque constet. Zaunschliffer. *de offic. jud. supplet. part.* 2. *concl.* 7. §. 2. Si tamen exhibeatur, ejus ineptitudo non vitiat processum neque judicium: Nam quoties aliquid non necessario requiritur, si illud interveniat, etiam inepte, actum non vitiat. Gail. 1. *obs.* 66. *num.* 15. Brunn. *cit. loc. n.* 13. Et denique (6.) in quo potissimum momentum 39
Doctores collocare solent, inspiciat, an non sit libello adjecta clausula salutaris satis decantata: *super his omnibus quæ jam petita, aut quæ de Jure & Consuetudine omni meliori modo peti debuissent, vel potuissent, imploro nobile judicis officium, pro jure & justitia administranda.* Hæc enim est illa her- 40
ba Bethonica, ut eam emphatice, uti sibi imaginantur, appellant Dd. Gail. 1. *obs.* 61. *n.* 12. Mev. *part.* 3. *dec.* 351. *n.* 8. quam adeo magnifaciunt Practici, ut crederes, tantam ei inesse virtutem & efficaciam, ut quasi panaceam præbeat adversus omnes morbos libelli, & uno quasi collyrio omnibus vitiis mederi possit; Martin. *Process Sax. tit.* 5. §. 2. *n.* 6. hinc & juniores Practicos diligenter & cum summa obtestatione admonent, ne eam negligant. Unde & factum ut nullus 41
fere tam jejunus sit practicus, qui eam omittat, magis ex consuetudine, quam ut veram virtutem hujus clausulæ intelligat. Experientia enim teste comprobatum est, sæpius ab Advocatis interrogatis, cur semper eandem in omnibus libellis ingeminent cantilenam, responsum esse, hoc esse ita moris, & de stylo Curiæ, qualia sanctissime recolenda: Et ita magis Psittacos eos crederes quam homines. 42
Age, videamus de egregia & salutari virtute hujus clausulæ. Sed elogia ejus tam superba sunt, ut si in recensendis illis tempus perdere & chartam replere vellemus, vix dies sufficeret, & justæ disputationis limites excederet labor. Brevibus: Tantæ dicitur esse effica- 43
ciæ, ut ejus virtute omnis actio omneque remedium competens &

resultans ex narratis in judicium deductum esse videatur, quia adjiciens hanc clausulam censetur Judicem interpellasse, ita ut officium suum impertiri possit, Gail. 1. *obs.* 61. *n.* 11. 12. Stryk. *Introd. ad Praxin for. c.* 7. §. 11. & omnes defectus supplere, Brunn. *Process. civ. c.* 5. *n.* 14. Mev. *part.* 3. *dec.* 351. *n.* 8. Conf. Mart. *Proc. Sax. cit. l.* ubi fusius virtutes ejus recenset. Aliter enim agit Judex, quando agit secundum officium mercenarium, & aliter, quando secundum nobile. Secundum illud tantum institutæ actioni inservit, & non imploratus officium non impertitur, nec ultra libelli petita procedit: Ast ubi secundum nobile officium procedit, non est adstrictus ad libelli placita, sed liberius agit, & sic etiam petenda in libello supplet, modo ex narratis & deductis consequantur. Mev. *part.* 8. *dec.* 134. *n.* 6. Nequit enim ultra Jura & narrata libelli operari, Ant. Fab. *in C. lib.* 2. *tit.* 40. *def.* 3. neque etiam libellum salvare, si adeo ineptus est, ut ex eo constare non possit reo, cedere an contendere debeat, Carpz. *Proc. tit.* 6. *art.* 2. *n.* 5. *seq.* qualis ineptitudo in hominem sana mente præditum vix cadit. Brunn. *cit. loc.* Illud vero notabile est, quod ad evitandas illas inepti libelli exceptiones, quibus non raro lites protrahuntur, constitutum sit in Ordin. Proc. Magdeb. *Cap.* 18. §. 1. ut hæc clausula ab Advocatis sub pœna 5. thalerorum nunquam omittatur, damit obgleich die Petition der Klage inept und unförmlich oder nicht genugsam wäre, dennoch auf die Narrata und erzehlte Geschichte ergehen und erkannt werden möge, was recht ist. Gestalt denn jeder Richter, vi hujus Clausulæ, schuldig und befugt seyn soll, dasjenige, was der Advocat circa Jus übergangen, secundum Acta & probata in sententionando zu suppliren. Sed primo, diceres, ita in Ducatu Magd. cessare omnes exceptiones inepti libelli: ita est, debebant cessare, & Advocati his ineptis exceptionibus rejici & puniri: si enim judex, non obstante inepta petitione, ex officio, quod peti debebat, supplere tenetur, utique non amplius locus est exceptioni libelli inepti; cum alias frustranea foret illa dispositio Ordinationis. Sed, uti ex relatione Præsidis habeo, hæc ita negliguntur, & malitiæ Advocatorum frenum non injicitur. Deinde, nescio annon Judex etiam extra illam clausulam salutarem obstrictus sit, ad illud, quod Advocatus circa jus prætermisit, in sententionando supplendum per L. *un. C. ut quæ desunt advocat. part.* quæ dispositio generalis generatim

ratim exercenda non tantum circa sententiam sed etiam in processu.

Quanquam enim circa facti narrationem partium defectus supplere non debeat, aliud tamen in iis omnino est, quæ ad Jus spectant, quæ supplere non modo potest, sed debet. Hinc & in processu ei integrum est interloquendo partes deducere ad justam viam, Jus suum persequendi prout id narratis congruum reperit, ceu superius jam dictum *n.* 35. adeo, ut si vel à genere actionis, quæ instituitur, alienum, vel quod narratis non conveniens petitur, poterit, non attentis iis, quæ obscure aguntur, quod convenit partibus injungere, prout hæc egregie & fusius illustrat & deducit Mev. *part.* 3. *dec.* 351. Judex enim quid justum est, nosse, non aliunde emendicare debet. *Nov.* 82. *pr.* 47

Si jam ea, quæ hactenus fusius quodammodo exposita sunt, conferamus, mirum est, quod Doctores adeo multum de rejectione libelli inepti ingeminent, & cantum glossæ ubique crepent, libellum ineptum dentibus esse lacerandum, cum positis illis, quæ jam illata sunt, vix casus evenire possit, aut saltim admodum difficulter, ubi libellus rejiciendus. add. Brunnem. *cit. c.* 5. *n.* 14. Unde cantui Glossæ decantato opponere liceat alium canonem magis favorabilem: *judici incumbere, ut libellum ineptum quantum fieri potest, sustineat.* 48 49

Cæterum occurrit aliud inepti libelli genus in forma peccans, quod publicis reprobatum est legibus, quoties scil. libellus per articulos concipitur. Frequentissimus enim olim erat mos ille libellandi, ubi certis articulis factum includebatur, ac per omnes circumstantias deducebatur. Inde tamen eveniebat sæpissime, ut factum istiusmodi articulis magis intricaretur quam extricaretur, imo dum super admissibilitate articulorum disputabatur, veluti, an sint impertinentes, captiosæ, dubiæ, processus ipse protelaretur. Ob has ergo & similes causas in R. I. noviss. *de Anno* 1654. §. 34. 37. *&* 64. modus libellandi per articulos plane sublatus, tam in prima quam secunda instantia, & litigantibus injunctum: Daß ein jeder seine Klage 50 51 52

dirigenda. n. 19. *seqq.*
(2.) *Quando loco mandati blanquetum offertur.* 23. *seqq.*
(3.) *Ubi speciali mandato opus est.* 25. *seqq.*
Mandatum non recipiendum nisi audita altera parte. 28.
Exceptiones frivolæ non admittendæ. 29. *seqq.*
Judex admittens frivolas exceptiones protractæ justitiæ incusari potest. 33.
Dispositio R. I. de non admittendis frivolis exceptionibus. 34. *seq.*
Inepta exceptio sub- & obreptionis contra sententiam rejicienda. 36.
Exceptiones moram processui summario executivo facientes rejiciuntur. 37. *seqq.*
Rejiciuntur dilatoriæ non suo tempore & modo prolatæ. 41. *seqq.*
Exceptiones ab hac Regula traduntur. 46.
Quatenus appellatio concedatur à rejecta exceptione. 47.
Prudentia Judicis in rejiciendis exceptionibus. 48.
Quid in appellatione à rejectione instituta attendendum. 49.
Semel rejecta exceptio in executione opponi nequit. 50. *seq.*
Litis contestationis divisio. 52.
Generaliss liti contestatio rejicienda. 53. *seqq.*
Protestatio de non contestanda lite rejicitur. 56.
Rejicitur Litis contestatio dubia. n. 57. *seqq.*
It. quæ in utilia plura habet additamenta. 60.
In Ducatu Magdeb. aliæ pœnæ hic constitutæ sunt. 61.
Interventio tertii quando rejicienda. 62. *seqq.*
Generalis regula traditur. 66.
In probatione quatenus rejectio locum habeat. 67. *seq.*
Quatenus Judex se prudenter gerere debeat in rejiciendis & admittendis articulis probatorialibus. 69. *seqq.*
De effectu Clausulæ: salvo Jure impertinentium. 72.
Solus Judex cognoscit de admissibilitate & rejectione Articulorum. 73.
Facilis admissio articulorum impertinentium justitiæ cursum impedit. 74. *seqq.*
Additionales quatenus rejiciendi. 76.
Positiones quatenus admittendæ & rejiciendæ. 77.
Quænam rejici debeant. 78.
Responsiones ad Positiones quatenus rejiciendæ. 79. *seq.*
Rejicitur probatio ob præterlapsum terminum probationi præstitutum. 82. *seq.*
Præterlapso termino probatoriali ulterior concedi à Judice nequit. 84.
Ultra quadruplicam scripta an & quatenus rejiciantur. 85.

Quatenus

Quatenus post conclusionem scriptum rejicere vel admittere possit. n. 86. *seq.*
Scriptura male efformata rejicitur. 88.
Allegationes inanes rejiciuntur. 89.
Remissive de rejiciendis juramentis. 90.
An examina testium ab Actis rejicienda ex causa, quod in nominibus error contigerit? n. 91. *seq.*
An Responsa ab Actis removenda. 93. *seqq.*
An sententia lata ab Actis removenda, ideo, quia ab eo Collegio lata, quod jam in hac causa respondit. 96.

1 POtest committi ineptitudo vel nullitas non tantum in libello, de de quo *Capite antec.* sed etiam in cæteris, quæ in prima instantia Judicii offeruntur. Videndum ergo & de his est, qua ratione bonus & prudens Judex talia admittere vel rejicere possit, ut finem suum, ipsi à superiore tam solicite commissum, obtinere queat.
2 Nam & huc quadrant omnia illa fundamenta rejectionis, quæ in antecedentibus supposuimus, ad quæ in conclusionibus hic formandis semper erit recurrendum.

3 Occurrunt autem hic statim *Mandata Procuratoria*, sine quibus
4 nemo pro altero agens admittitur. Debet enim Procurator suam legitimare personam, adeo ut Judex ex officio mandatum exigere possit, imo debeat, ne judicium reddatur elusorium, dum hic defectus totum annullat processum. *L. 24. C. de Procurat.* Mev. 2. *Dec.*
5 123. Brunn. *Proc. c. 1. n. 78.* adeo ut ne quidem principalis ratihabitione convalidari possit in præjudicium adversarii, cui jam jus est quæsitum ex nullitate processus, conf. *Ord. Proc. Magd. c. 12. §. 3.* Sicuti è contrario ex legitimatione litigantium sustentatur judicium.
6 Bald. *in L. exigendi, 12. n. 4. C. de Procur.* Hinc licet hæc exceptio sit dilatoria & regulariter ante Litis Contestationem opponenda, tamen quia ita comparata ut judicium reddat retro nullum, etiam post L. C. imo in secunda admittitur instantia, conf. *L. non idcirco, 44. §. 1.*
7 *ff. de judic.* Mev. 5. *Decis.* 13. Unde duplicis rejectionis causa hic oritur, vel (1.) quod Procurator absque omni mandato alienam suscipiat causam, vel (2.) quod insufficiens & ineptum ad Acta referat.
8 Priori casu ex jam dictis ratio relectionis hujus Procuratoris patet, adeo, ut si de facto jam admissus sit, semper tamen, detecta falsitate, à limi-

à limine judicii repelli possit, Mart. *Process. Sax. tit.* 7. §. 1. *num.* 31.
Carpz. *P. I. C.* 1. *Def.* 26. nisi sit unus ex conjunctis personis, tales 9
enim personæ sub cautione de rato admittuntur sine mandato, *L. ma-*
ritus. 21. *C. de Procur. L.* 35. *pr. ff. eod.* quia in hisce præsumitur Man- 10
datum. Supplet tamen defectum mandati consensus partis, ut inpo-
sterum repelli nequeat. Mev. 3. *Dec.* 23. *n.* 5. Posteriori casu plerum- 11
que mandatum admittitur sub cautione, aliquando tamen plane rejici-
tur. Quando admittitur Procurator sub cautione de rato, quod ideo fit, 12
ne facili rejectione processus extendatur, admittitur non simpliciter,
sed sub illa conditione, ut mandatum sufficiens intra terminum præ-
fixum exhibeat, quod etiam cautum *in Ordin. Proc. Magdeb. tit.* 12. §. 4.
Imo in *Ordin. Cancell. Hannov. de Anno* 1663. *tit.* 4. §. 3. cautum, daß so
bald ihnen in derselben Sache anderweit Handelung einzubringen oblie-
get, gerührte Vollmacht ohne fernern Verzug bey Straffe eines halben
Thalers auch wohl nach Befindung, *Rejection* der Schrifft, mit über-
geben, quod singulare omnino notandum, quippe ex quo patet, 13
posse etiam aliquando in pœnam contumaciæ rejici scripta alias in se
apta & idonea. Quo etiam referri meretur famosa *L. sancimus.* 15. *C.* 14
de jud. ubi disponitur, quod contumax non antea sit audiendus, sed
omnis ei judiciorum copia claudenda, adeoque & omnes ejus dedu-
ctiones rejiciendæ, nisi prius omnia damna & expensas retardati per
contumaciam processus restituerit, quo commodum omnino reme-
dium suppeditatur judici ad refrenandam actoris contumaciam. Et
ita in Facultate Juridica hic loci aliquoties pronunciatum esse, rela-
tum mihi est à Præside: Bevor solches geschehen, ist Kläger mit seinem
Einbringen nicht zuzulassen.

Sed propius est, ut videamus, quibus ex causis mandatum in- 15
sufficiens, non obstante oblatione cautionis de rato, rejici possit.
Huc pertinet (1.) quando mandatum non simul ad heredes est dire- 16
ctum. Constitutum scil. est in *R. I. de Anno* 1654. §. damit auch
zum vierten. 99. Daß die Gewälte gleich anfangs auf der Partheyen
Erben mitgestellet werden, und auf ein oder anderer Parthey tödtli-
chen Hintritt nicht nöthig sey, die Erben ad reassumendam litem zu ci-
tiren. Ex quo patet, quod illud fictum litis dominium, quod Jure 17
Civili tam celebratum est, in plurimis etiam foris nostris Germaniæ

cesset, ceu id, secundum indolem Consuetudinum & Jurium Allemannicorum, erudite pro more enucleavit summus JCtus Schilter. *in pr. Jur. Rom. Exerc.* 10. §. 44. *seqq.*

18 Hoc casu ergo (1.) quando mandatum non simul heredum
mentionem facit, merito statim rejicitur, adeo ut nec per cautionem rati hic defectus suppleri possit, Rivin. *in spec. for. Except. cap.* 7.
n. 7. Unde & pronunciari solet: Daß Klägers Anwaldt vor allen
Dingen seine Person besser als geschehen durch eine auf Erben und Erbnehmen gerichtete Vollmacht zu legitimiren schuldig, und weil er solches voritzo nicht gethan, ist er die Unkosten dieses Termins zu erstatten
verbunden. Stryk. *in Colleg Pract. ad introd. in prax. for. S.* 3. *m.* 3. §. 13.
19 Mart. *in Proc. Sax. tit.* 7. *n.* 26. Ubi quæstio incidit, an etiam *actoria*
20 in heredes sint dirigenda, sicuti *procuratoria*? Ratio dubitandi est,
quod actor sit instar Procuratoris, adeoque eo modo, sicuti manda-
21 tum, hoc casu rejicitur, eadem ratione actorium rejici debeat. Sed
evidens ratio diversitatis subest. Procurator enim à Domino constituitur. *L.* 1. *pr. ff. de procur.* adeoque & hic suos obligare potest heredes: Ast actor contra ab eo constituitur, qui non est dominus, veluti à Tutore. §. *ult. Inst. de Curat. L. Decreto pratoris.* 24 *pr. ff. de admin.*
22 *& pet. tut.* & ita nec heredes obligabit, præsertim cum Tutela in heredes non transeat. §. 3. *Inst. quib. mod. tut. fin.* & ita pronunciatum esse sub finem mensis Martii hoc anno in Facult. Jurid. Hallensi, habeo iterum ex relatione Præsidis. Concordat *Ord. Proc. Magdeb. tit.* 12. §. 9. ubi dicitur: Die Syndicate und Actoria auch gleich wie die Mandata, **doch nicht auf Erben und Erbnehmen, sondern** mutatis mutandis **eingerichtet werden.**

Pertinet huc (2.) quando loco Mandati Blanquetum offertur,
23 etiamsi vel maxime in subscriptione subjectum sit: Titius zur Vollmacht, wider Mevium. Mart. *Proc. Sax. tit.* 7. §. 3. *n.* 58. Imo in Ord.
Proc. Magdeb. *c.* 12. § 2. non tantum tale mandatum rejicitur, sed
24 etiam pœna quinque thalerorum in contra facientes constituta. Alias
tamen hic distinguere solent, an quæstio sit de actu quodam qui specialiter mandari debuit, an non? Priori casu statim rejicitur, posteriori

ſteriori autem admitti ſolet ſub cautione de rato, Frider. Mindan. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 7. *n.* 47. Carpz. *de Proc. tit.* 5. *art.* 1. *n.* 110. *ſeq.* Berlich. P. 1. *Concl.* 14. *n.* 10.

Ubi (3.) ſpeciali mandato opus eſt, non admittitur Cautio de 25
rato, ſed mandatum illegitimum ſtatim rejicitur, Zang. *de Except.*
P. 2. *c.* 8. *num.* 19. Mev. *P.* 7. *Dec.* 76. cujus plerumque hanc ſolent 26
rationem reddere, quod ita concurrant in uno actu duo ſpecialia,
quod admitti non poſſit. Carpz. *Lib.* 3. *Reſp.* 8. *n.* 13. Mart. *Proc. tit.* 7.
§. 3. *n.* 22. Quamvis vero hæc ratio quodammo hiulca videatur, nec 27
involvat abſurdum juridicum, quod communiter tradunt. Hottom.
Qu. illuſtr. 43. Cujac. 8. *obſ.* 3. Faber. *Error. pragm. Dec.* 11. *error.* 7.
n. 8. *ſeq.* tamen vix tutum erit à recepto ſemel Jure & obſervantia fori
recedere. Et in genere mandatum procuratorium niſi audita prius 28
altera parte à Judice non eſt recipiendum. Adverſæ enim partis maxime intereſt, inde ſecurum eſſe, cui potius ſit legitimatio, quam judicio. Mev. *part.* 3. *dec.* 148.

Ulterius occurrunt *Exceptiones*, quæ non raro ab Advocatis, 29
retardandi proceſſus gratia, frivole & inſulſe objiciuntur. Merito
proinde & prudens Judex prudenter mente volutat, an & quatenus
admittendæ, & ad finem proceſſui deſtinatum faciant. Si enim pla- 30
ne alienas à Proceſſu reperiat, rejicere eas ex officio debet, quod
aliquando Judex in pronunciando efficere ſolet, verbis generalibus:
Daß Beklagter ſeines Einwendens ungeachtet ſich auf die Klage
einzulaſſen und zu antworten ſchuldig rc. ad Judicis quippe officium 31
pertinet, ut ſicuti à parte actoris in libello prolata, quæ plane impertinentia & irrelevantia ſtatim ſunt rejicienda, nec ad probandum
& deducendum admittenda; ita ſimiliter quæ à parte rei per modum
exceptionis proponuntur, ſiquidem ſint frivola & nullius momenti,
ſtatim rejiciantur, *arg. L. hac ſtipulatio.* 14. §. *f. ff. ut legat. vel fideic.*
Eadem quippe ratio eſt & paria utrinque circa litigantes ſunt obſer- 32
vanda, cum qui excipiat, qua exceptionem, vice actoris ſit. *L. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* Mev. *part.* 7. *dec.* 171. Inde eſt, quod 33
de protracta juſtitia conqueri poſſit pars adverſa, ſi Judex admittat

tales exceptiones notorie ineptas & frivolas atque per has processus retardationem permoveat. Perinde enim est, an Judex differat ad-
34 ministrationem justitiæ, an admittat ex calumnia vel iniquitate adversæ partis, quod ad illam injuste protelandam facit. Mev. *part.* 6. *dec.* 306. Cautum hac de re *in R. I. de Anno* 1654. §. **nicht weniger.** §. 85. daß die Advocati und Procuratores bey ihren Eyden und Pflichten, in was Terminen es gleich sey, keine frivolas Exceptiones ohne Unterscheid ob sie die Haupt-Sache oder anders berühren, noch sonsten einige unerhebliche erdichtete Ursachen und Prorogation Willen oder vergebene Wiederhohlung, wodurch die Sache nur vorsetzlich aufgehalten wird, einbringen, rc. ubi simul subjungitur pœna, quæ regulariter est re-
35 fusio expensarum (per *L.* 71. *ff. de Judic.*) ob retardatum processum, de quo simul textus est in *Ordin. Camer. part.* 3. *tit.* 50. §.
36 **Wir wollen auch.** Imo *in cit. R. I.* jubentur Camerales reum in aliquot marcas auri vel argenti condemnare, conf. Gail. 2. *obs.* 17. *n.* 19. Brunn. *in Proc. civ. c.* 7. *n.* 35. Sic inepta est exceptio sub- & obreptionis contra sententiam, partim quod illa demum causa cognita feratur, partim quia illam lex aut mos non fecit legitimum sententiam impugnandi medium, hinc statim rejicienda. Mev. *part.* 4. *dec.* 396.

37 Cæterum rejiciuntur aliquando exceptiones non quod ineptæ & frivolæ sint, sed quod remoram faciant Processui in specie ad hoc privilegiato, quod de plano absque ullis ambagibus in eo sit procedendum. Quo pertinet processus executivus, ubi ob causæ liquiditatem statim executio petitur, exceptiones vero in continenti, h. e. intra terminum probatorium, non liquidabiles, sed altiorem indaginem requirentes, non plane quidem, sed tamen ad reconventionem rejiciuntur. Stryk. *introd. ad prax. for. c.* 1. §. 15. Cæsar Contrad. in *L. un. C. si à moment. poss. appell. lim.* 17. *n.* 26. Mev. *in Tr.* **von wucherl. Contracten.** *P.* 2. *C.* 1. §. 4. conf. Id. *part.* 3. *dec.* 319. ubi differit quid sit in continenti liquidare. Add. Mart. *Proc. Sax. tit.* 39. §. 3.
38 *n.* 62. *seqq.* Neque enim tunc potest dici morosus debitor aut fidei non servatæ reus esse, qui in continenti exceptionem liquidare potest.
39 Quæ vero ulterius exceptiones in processu executivo admittantur, hic quidem examinare non vacat, cum imprimis de frivolis rejiciendis hic agamus. Conf. interim Brunnem. *Proc. c.* 1. *n.* 50. ubi uberius hac
40 de re disserit. Idem dicendum de aliis causis summariis, ubi reji-

ciun-

ciuntur exceptiones altiorem indaginem requirentes per *Clem. sæpe. de V.S.* Hiltropius *in Proceſſ. Judic. part.* 1. *tit.* 4. *n.* 53.

Sic etiam rejiciuntur exceptiones dilatoriæ, ſi non ſuo tempore 41
& modo prolatæ ſint. Cautum enim eſt *in R. I. de Anno* 1654. §. es ſoll auch hinführo. 37. Daß der Beklagte, was er dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl, bey Straffe der Præcluſion, einbringen ſolle. & in §. 38. Wenn ein Beklagter oder Antworter verzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte, ſoll er dieſelbe auf den erſten Termin præciſe ꝛc. vorbringen, mit dem Anhange, ſo jemands deren eine oder mehr oder ſie alle unterlaſſen würde / **daß ihm hernach der Weg ſolches zu thun oder vorzubringen, benommen ſeyn ſolle.** Quo ipſo liquido rejectio talium exceptionum 42
nimis ſerio oppoſitarum judicibus injungitur. Idem in Saxonia quoque receptum, ubi ſimul eventualis litis conteſtatio iis ſubjungenda Carpz. *in proc. tit.* 9. *art.* 1. quod idem in Ducatu Magdeburgenſi obtinet, vid. *Ord. Proc. Magd. c.* 27. §. 1. *& addit. noviſſ.* Hinc ergo duo 43
inferuntur (1.) quod Judex, ſi non omnes in primo termino oppoſitæ ſint, in ſecundo termino alias non admittere poſſit, ſed eas rejicere debeat; (2.) quod multo minus poſt litis conteſtationem admit- 44
tantur, cum per hanc dilatoriis renunciatum cenſeatur, Zanger. *de Except. P.* 2. *c.* 22. *n.* 3. *ſeqq.* adeo ut etiam in appellationis inſtantia 45
exceptiones hujusmodi præteritæ rejici debeant, Zang. *c. l. n.* 5. Richter. *part.* 3. *dec.* 116. *n.* 9. Carpz. *in proc. tit.* 9. *art.* 1. *n.* 24. ubi tamen 46
non excludendæ ſunt limitationes ordinariæ, v. g. ſi exceptio de novo ſuperveniat, vel etiam ſi antea ignorata & hoc juramento probetur, vel ſi omiſſio ejus totum proceſſum retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi Procuratoris, ſeu deficientis mandati, Stryk. *introd. ad Pr. for. C.* 9. §. 3. Martin. *Proc. Sax. tit.* 9. §. 1. *n.* 16. *ſeqq.* ubi fuſius declarat, qua ratione Judex non poſſit rejicere omiſſas exceptiones dilatorias.

Cum vero per injuſtam rejectionem exceptionis non leve præ- 47
judicium partibus inferri à Judice poſſit, hinc juſtum gravamen inde naſcitur, & appellationi utique locus eſt Mev. *part.* 1. *dec.* 123. *n.* 1. ſive *expreſſe* eam rejecerit, ſive *tacite*, quod fieri poteſt, quando Ju-

48 dex ad ulteriora, exceptione non admissa, procedit. Dum ergo
exceptio summe favorabilis est, & quia speciem defensionis continet,
juris naturalis dicitur, apparet, quanto consilio Judex opus
hic habeat in decernenda rejectione exceptionum dilatoriarum, cum
49 & illis multum defensionis insit. Mev. *cit. l. n.* 5. In hac vero appellatione
non sufficit sola rejectionis allegatio, sed ut simul narratis
comprehendantur ea omnia, quæ ad exceptionem istam admittendam
sunt necessaria, quo *Judex ad quem* intelligat non modo rejectam
50 fuisse, sed etiam rejici non debuisse Mev. *part.* 7. *dec.* 214. *n.* 2. Cæterum
ubi semel in processu opposita & rejecta fuerit in executione rursus
opponi nequit. *L. quod in diem.* 7. §. 1. *de compensat.* Zanger. *de Except. P.* 3. *C.* 26. *n.* 112. *&* 113. Berl. *P.* 1. *Concl.* 84. *n.* 92. Carpz. *lib.* 2.
51 *R.* 4. obstat enim autoritas rei judicatæ. Intelligendum autem hoc
est si simul super rejecta exceptione judicatum fuerit. Si enim super
eo cognitio & pronunciatio non simul facta sit, haud eo minus
admittitur in executione, de qua re pluribus videatur Mev. *part.* 6.
dec. 250.

52 Perveniamus ad *Litis contestationem*, ubi statim vulgata illa sese
offert litis contestationis divisio in generalem, **daß er der Klage, wie sie angebracht, nicht geständig sey**, & specialem, ubi expresse
& specifice, **kurtz**, nervose **und deutlich auf alle und jede Puncten mit allen seinen Umständen.** uti dicitur *in R. I. de Anno*
53 1654. §. **Es soll auch hinführo.** 37. responderi debet. Et quia
eo ipso reprobata est illa generalis litis contestatio, apparet, Judi-
54 cem talem ut insulsam rejicere debere. Solet proinde per decretum
melior litis contestatio reo injungi: **Daß Beklagter besser, als geschehen,** auf alle und jede in der Klage befindliche Puncte litem zu contestiren,
und weil er solches anitzo nicht gethan, die Unkosten dieses
55 Termins dem Kläger zu erstatten schuldig. Quod procedit, etiamsi
pars rejectionem nequidem petat: nam ex officio Judex ad hoc obstrictus
est. Berl. *part.* 1. *concl.* 26. *n.* 13. *seqq.* Zaunschliffer. *de offic. Jud. supplet. part.* 2. *concl.* 10. Judici enim injunctum, ex officio omnibus
defectibus in Litis Contestatione obvenire, & removere, quæ
ad protelationem litis tendunt. Carpz. *in Proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 37.
56 *seqq.* Unde & omnes Protestationes, quod hæc animo litem contestan-

testandi proferre noluerit, sed tantum in honorem Judicis allegationem seu narrata sua offerre, merito tanquam facto contrariæ rejiciuntur, quippe talia ad protelandam litem solum profutura essent, Mev. *part.* 2. *dec.* 335.

Quia jam Litis Contestatio facienda est verbis perspicuis & in- 57 dubitatis, hinc etiam merito rejicitur talis, quæ fit per verbum *credo*, nisi forsan de facto alieno, vel de facto proprio, antiquo tamen, agatur, Brunnem. *Proc. Cap.* 14. *n.* 15. Ex quo etiam est, quod re- 58 jiciatur talis: **Er stelle es dahin**, tum, quia responsio hæc clara & manifesta non est, nec de proprio & genuino verborum horum sensu constare potest, tum, quia proprie nec affirmativa nec negativa est. Brunn. *c. l.* Mart. *Proc. Sax. tit.* 16. *n.* 76. Stryk. *Disp. de probat. per interrog. advers.* §. 37. Idem de verbo *dubito* asserendum, Mart. 59 *c. l. n.* 77. Brunn. *cit. loc.* Imo & rejicitur talis, quæ plura inutilia ha- 60 bet annexa additamenta, quo casu Judex pronunciat: **Daß Beklagter ohne unnöthigen Anhang** Litem contestir**en solle.** Hoc sane 61 notabile est, quod in Ducatu Magdeb. *Vi Ordin. Processʃ. c.* 28. §. 2. non tantum rejectio illa hisce casibus locum habeat, uti expresse dicitur: **soll die Schrifft zurücke gestellet,** sed etiam aliæ adduntur pœnæ: **Sie nicht allein** in expensas termini, **sondern auch der** Concipient **in 5. Rthlr. Straffe vertheilet, und, worauf sie eigentlich antworten sollen,** sub pœna confessi & convicti **ihnen auferleget, auch bey ferneren Unfolge** lis in contumaciam pro affirmative contestata per sententiam **geachtet werden.** Modum pronunciandi hisce non observatis habet Stryk. *cit. Disp.* §. 38.

Occurrunt adhuc plures species, ex quibus longa conclusionum series adduci posset, nisi brevitati studendum foret: Hinc quæ supersunt vel sola allegatione tangam. Non raro in processu aliquo 62 *Interventio tertii* occurrit; quæritur itaque quando illa rejici possit? (1.) si illa sit illiquida & altiorem indaginem habeat, è contra principalis causa sit liquida, & ex his, quæ paratam executionem habere debent. Mev. *part.* 3. *dec.* 416. (2.) si tertius interveniens non ha- 63 beat personam alias standi in judicio, Vant. *de Nullit. tit. quis possit dicere de Nullit. n.* 29. (3.) si causa intervenientis sit diversa nec ex- 64 clusi-

65clusiva juris adversarii, Gail. 1. obs. 69. n. 2. (4.) si interesse nullum docere possit, sed aperta sit malitia. Non enim debet interventio ad processum extrahendum fieri, Gail. c. l. n. 6. quo casu pronunciatur: **Daß die** Intervention **nicht statt habe.** Mart. *Proc. Sax.*
66*tit.* 15. §. 1. *n.* 70. Et in genere puto, ex quibus causis alias quis à limine judicii repelli potest, ex iisdem causis etiam interveniens removeri debet.

67 In materia *Probationis* ex Veritate basis totius rei dici meretur. *L. duo sint Titii.* 30. *de Testam. Tutel.* plura occurrunt ad rejectionem
68spectantia. Offert autem & hic statim se illa Regula ex *L. ad probationem.* 21. *C. de probat.* quæ probata non relevant, ad probandum non admittuntur, sed potius rejiciuntur, & quia probatio certis in-
69cludi solet articulis, hinc prima cura judicis erit, ut attendat, an & quatenus illi articuli admittendi, aut rejiciendi, ubi in genere id
70notamus, quod & hic duo extrema omnino evitare debeat, h. e. sicuti notorie irrelevantes admittere non debet, sed ex officio, uti quidem ineptum libellum, rejicere, Gail. 1. *obs.* 81. *n.* 15. Cothmann. *Vol.* 2. *Cons.* 60. *n.* 104. *seqq.* Zaunschliffer. *de Officio judic. supplet.*
71*p.* 2. *concl.* 12. §. 1. *n.* 2. v. c. si agatur de dominio, & fiant articuli probatoriales super possessorio, Mart. *Proc. Sax. tit.* 20. §. 7. *n.* 26. ita è contra, cum dubium est, utrum sint relevantes, non facile rejiciat: præstat enim tunc admittere quam rejicere, cum Clausula tamen quæ adjici solet: *salvo Jure impertinentium & non admittendorum.* Mev. *part.* 7.
72 *dec.* 117. Securius enim est superfluum admittere, quam necessarium omittere, Gail. 1. 1. *obs.* 81. *n.* 9. *seq.* Habet videlicet tunc dicta clausula effectum rejectionis, scil. (1.) ut articulus impertinens pro non admisso reputetur & probationes desuper factæ nullius momenti sint, (2.) ut responsio ad articulum talem pro non facta ha-
73beatur, Gail. *c. l n.* 12. Mynf. *cent.* 2. *observ.* 56. Et hæc cognitio de admissibilitate & rejectione articulorum soli Judici relicta, adeo ut nequidem partis citatio hic requiratur, Gail. *c. l. n.* 17. in tantum, ut si eos semel absque examine admisisset, tamen si postea impertinentes invenerit, adhuc rejicere possit. Cothmann. & Zaunschliffer. *in loc. supr. alleg.*

Sicuti

Digitized by Google

Sicuti vero rejectio irrelevantium & impertinentium articulorum 74
ad litium abbreviationem tendit: ita e contra temeraria & facilis admissibilitas ejus cursum sistit, de quo graviter conqueritur Mev. *p.3.d.241.*
quod plerumque indiscriminatim ad respondendum admittantur, par- 75
tim ex imperitia Judicum, partim ex desidia eorum, & quod putent se satisfecisse suo officio, si refugium quærant in clausula illa salutari: *salvo jure impertinentium,* cujus abusus merito dolendus, à prudenti vero judice vitandus: alioquin justum gravamen, ad appellationem sufficiens, inde nascitur. Idem judicium faciendum de additionalibus. Nam 76
cum & hi ad tardandum turbandumque processum sæpius non parum faciant, præsertim cum jam responsum & ad ulteriora deventum fuerit, Judex omnino maturo judicio ponderare debet, an sint relevantes, & an à prioribus dependeant, & denique an justo tempore proferantur. Quæ si deficiant, statim Judex eos rejiciat, *Dd. in auth. at qui semel. C. de probat.* Mev. *part.4 dec.336.* Et hæc quidem de articulis probatorialibus, ad quos testes examinari debent.

Non raro vero modus probandi initur per *positiones & responsio-* 77
nes mediante juramento dandorum & respondendorum, Gail. *1.obs.79.n.5.* ubi itidem concertationes oriri solent de eorum admissibilitate & rejectione. De harum introductione & usu fusius tractat Blasius Michalor: & Stryk. *Disp. de probat. per interrog. advers. §.40.seqq.* Brevibus hic solummodo de harum rejectione quædam adferre liceat: Reji- 78
ciuntur ergo (1.) perplexæ & captiosæ, quibus adversarius neque affirmando neque negando respondere potest, quin sibi præjudicet, (2.) πολυζήτησιν continentes, (3.) obscuræ, (4.) generales, (5.) alternativæ & imprimis (6.) impertinentes & superfluæ, de quibus idem judicandum quod jam dictum de articulis impertinentibus rejiciendis, conf. *d.Disp.§.48.seqq.* ubi hæc quasi per indicem dicta fusius enucleantur.

Idem jam asserendum de responsione ad positiones, quam nec 79
temere judex admittere tenetur, si appareat eam non esse qualificatam, h. e. suis requisitis instructam. Debet enim fieri pure & sim- 80
pliciter, h.e. (1.) debet esse pertinens, (2.) absoluta, (3.) clara, 81

Gail. 1. *obs.* 82. *n.* 4. Rejiciuntur ergo Responsiones (1.) incertæ, Gail. *c. l. n.* 7. v. c. quæ fiunt per verbum *dubito.* Stryk. *cit. Disp.* §. 63. (2.) obscuræ, vid. uberius *cit. Disp.* & Gail. *alleg. l.*

82 Cæterum cum *terminus probatorius* sit *præclusivus* & *præjudicialis*, nova inde probationem rejiciendi nascitur causa, scil. si articuli vel
83 positiones elapso termino non petita prorogatione proferantur. Tunc enim ulterius admitti nequeunt, sed mox pronunciari solet: Daß Kläger sich an dem ihm zuerkannten Beweise versäumet, derhalben Beklagter von angestellter Klage zu entbinden, und ist Kläger die in dieser Sache aufgewandten Unkosten auf vorhergehende Richterl. Moderation zu erstatten schuldig; Mart. *Proc. Sax. tit.* 20. §. 4. *n.* 13. Stryk. *Colleg.*
84 *Pract. Sect.* 3. *membr.* 4. §. 4. Imo quamvis in termino articulos probatoriales proferat, si tamen irrelevantes, inepti vel etiam Juris, & non probent quod probare debebant, eodem modo pronunciatur: **Daß er sich an dem Beweise versäumet**, cum idem sit non offerre articulos intra terminum & offerre quidem, sed ineptos & inidoneos, sicuti ante aliquot annos in Judicio quodam Electorali in causa præ-
85 tensæ servitutis judicatum fuisse, mihi relatum ab amico est. Hisce ergo positis, sequitur, judicem alium terminum concedere non posse, imo prorogationem post ternum lapsum datam, ad partis adversæ contradictionem, tanquam sub & obreptitie impetratam rejiciendam esse. Mart. *c. l.* §. 15. ubi quæ huc faciunt ulterius declarat.

86 Quando jam ad *Disputationes* partium deventum, non raro & hic solet peccari: Unde ne in infinitum excrescant acta, ultra quadruplicam non admitti solent scripta, sed rejiciuntur, quod in plerisque foris receptum est, ceu testatur pluribus Mart. *in Proc. tit.* 4. §. 1. *n.* 252. *seqq.* ita, ut si partes in causa concludere nolint, judex
87 eam ex officio pro conclusa acceptare possit. Mev. *part.* 5. *dec.* 413. quo tamen casu sæpius Judex pro rescindenda conclusione sollicitari solet ob reperta nova prætensa, quæ si liquida sint, ex officio rescin-
88 dit conclusionem eaque admittit: sin dubia, solet scriptum post conclusionem oblatum actis addi, & ubi acta transmittuntur, hæc clausula eis annecti: Und wird dem auswärtigen Urthels-Verfasser anheim

gegen

gegeben, wie weit die in der letzten Schrifft enthaltene Nova zu attendiren seyn.

Cæterum ob duas maxime causas adhuc in genere in processu solent rejici scripta (1.) ob scripturam male efformatam, quod non sit legibilis vel intelligibilis. Nam & illud in plerisque Ordinationibus processuum cautum: **Daß die Schrifften deutlich und leserlich geschrieben eingegeben werden**, uti in specie **in der verneuerten Reichs-Hofraths-Ordnung** *Ferd. III. de Anno* 1654. *tit.* 3. §. **welches vornehmlich** &c. cautum. (2.) Ob coacervationem allegationum inanium & ineptarum. Hoc enim disertis verbis statutum in *R. J. de anno* 1654. §. **zu dermahliger.** 96. & repetitum in Ord. Proc. Magd. c. 14. §. 6. Ubi sub pœna arbitraria dispositum, daß das unnöthige Latein und überflüßige Allegiren zu meyden, und in Supplicationibus, Libellis, Producten und allen Schrifften die gemeine Axiomata Juris und bekannte Rechts-Reguln mit keinem textu Juris oder Autore zu bestärcken. Plura addi possent v. c. de temeraria juramenti calumniæ 89 delatione rejicienda, de qua in specie plura huc facientia suppeditat Præses *Disput. de remiss. Jur. Calumn.* item *de nimis fera delatione juramenti vel oblatione ad jurandum rejicienda &c.* Sed ne prolixa deductione justæ disputationis limites transscendam, lubet hæc ulteriori meditationi relinquere. Aliquot tamen adhuc quæstiones coronidis loco subjiciam: (1.) An examina testium jam instituta rejicienda ab Actis ex causa, quod in nominibus testium contigerit error? 90 quod non facile dixerim, ob metum subornationis, cum attestata didicisse potuerit is, qui novas postea producere desiderat testes. Hinc etiam mense Decembr. anni præcedentis in tali casu à Facultate 91 Juridica Hallensi pronunciatum: **Daß vor allen Dingen das erste Zeugnüß** (quod jam remotum & rejectum erat) **wieder** ad Acta **zu bringen.**

Quæritur (2.) an Responsa Facultatum ab Actis rejicienda aut 92 an assumenda? Hoc quidem certum, Judicem responsa à Collegiis 93 JCtorum præcise sequi non teneri. Franzk. *ad tit. de Ord. Jur. n. ult.* neque etiam sola Judicem movere debent, ut in illorum sensum judicandi transeat, nisi Actis, Juri & dextro suo Judicio congruant.

94 Mev. *part.* 1. *dec.* 110. *n.* 6. cum tamen probabilis eorum autoritas sit, Struv. *Exerc.* 2. *th.* 17. *in fin.* ibique Muller *lit.* δ. imo pars non exigua defensionis aut deductionis inibi lateat, & producens responsum in eo se fundet, & denique producentis intersit, ne rejiciatur, scil. quod eo ipso doceat se justam causam litigandi habuisse, adeoque in expensas condemnari nequeat, Carpz. *part.* 1. *const.* 31. *decis.* 27. *n.* 5. Franzk. *c. l.* Gail. 1. *obs.* 57. *n.* 6. hinc non puto Responsa ab Actis esse rejicienda.

95 Ultima demum quæstio moveri potest, *Sententia lata an removenda ab Actis, ideo, quod ab eo Collegio lata, quod jam in hac causa respondit?* Disputatum est hac de re in illustri quodam judicio, ubi de facto removebatur sententia, quæ tamen publicata erat, & jam transierat in rem judicatam, & Acta ad aliud Collegium Juridicum transmittebantur. Si tamen dicendum quod res, nondum invenire rationem licuit, quare sententia ideo nulla esse debeat, quod ab eodem collegio jam tum ad desiderium partium fuerit responsum, pleraque enim collegia juridica hodie non amplius dubitant, corrigere sententias suas, & contrariam amplecti in concipienda Decisione ad acta judicialia, quam foverant antea, cum ad falsa narrata ipsius partis respondissent. Imo tantum abest, ut exinde maculam metuant cordatiores, ut potius gloriæ sibi ducant, omnibus ostendere, quam sint alieni à partium studio, uti id sæpe contigisse in Facultate Juridica hujus loci, relatum mihi est à Præside. Cur ergo dicamus nullam esse sententiam ejusmodi? Quod si insuper Responsum illius Facultatis privatum actis fuerat insinuatum, uti factum in eo casu, cujus antea memini, multo minus invalida dicenda est sententia postea ab eodem collegio lata. Habet enim & pars altera & Judicium quod sibi imputent; pars, quod non in inrotulatione actorum exemerit illud collegium; judicium, quod eo acta transmiserit, ubi sciverat, jam in hac causa responsum esse. Dum ergo postea sententia removetur, vix est, ut judicium à nota suspicionis se liberare possit.

CAP.

Digitized by Google

CAPUT IV.

De rejiciendis Scriptis injuriosis durante Processu oblati.

SUMMARIA.

Elogia Advocatorum Jure Romano occurrentia, in praxi vix applicabilia. n. 1. seq.
In Comitiis aliquando cogitatum de exstirpandis Advocatis. 3. seq.
Vitium Advocatorum in convitiando taxatur. 5. seq.
Legum prohibitiones adducuntur. 6. seqq.
Injuriosa scripta rejicienda. 9. seq.
Advocati probrosis rixis deditis, repelluntur à limine judicii. 11.
Præjudicium Cameræ adducitur. 12.
Rejiciuntur scripta, quæ doli mentionem faciunt contra personas, quibus debetur reverentia, oblata. 13.
Judicium de non rejiciendis ab initio ejusmodi scriptis. 14.
De injuriarum Processu inde orto. 15.
Pro defensione turpia allegare licet. 16. seqq.
Retorsio oblata Judici non recipienda. 20. seqq.
Præjudicium Scabinatus Jenensis adducitur. 23.
Interrogatoria criminosa rejicienda. 24.
Cautela hic vulgaris examinatur. 25. seq.
Articuli execrationem continentes rejiciuntur. 27.

QUæ alias elogia de Advocatis in Jure nostro habentur vid. *L. Advocati.* 14. *C. de Advoc. div. judic.* & passim circumferuntur, Struv. *Exerc.* 7. *th.* 4. ibique Muller. *in Addit.* ubi fusius panegyristas producit, illa, si verum fateri debeo, in praxi vix applicabilia sunt, postquam proh dolor! eo res redacta, ut Juridicina sit conversa in Rabulisticam, de qua in specie vid. Ziegl. prudentia in astutiam, modestia tam serio Advocatis in omnibus fere provinciis injuncta in libidinem convitiandi, & non juribus, sed scopticis & injuriosis pugnandi verbis. Tales vultures forenses meruerunt, ut aliquando cogitatum fuerit in publicis Comitiis Imperii de exstirpandis Advocatis, 1 2 3

tis, cum quorundam vitia totum ordinem Advocatorum tunc tem-
4 poris exosum fecissent toti Imperio. Recenset Goldastus *p.* 1. **Reichs-
Satzungen** *p.* 166. declarationem istam. Vide tamen judicium
de iniqua & dura illa sententia, quæ ne quidem effectum sortita,
5 apud Conring. *de Origine Juris German. c.* 32. *p. m.* 190. Sed quod
imprimis scopum meum tangit, vitium Advocatorum fere commune
& consuetudine quasi confirmatum est, scommatibus & injuriis cer-
tare, cum tamen tot Constitutionibus ille pruritus damnatus sit.
6 Nota & vulgata est *L. quisquis.* 6. *C. de postul.* ubi Impp. præscribunt
modum Advocatis in convitiando. *Si quis,* ajunt, *adeo procax fuerit,
ut non ratione sed probris putet esse certandum, opinionis suæ imminutio-*
7 *nem patietur.* Id ipsum fere in singulis Ordinationibus Processuum
repetitum, quas longa serie recenset Mart. *Comment. Process. Sax. tit.* 3.
§. 1. *n.* 6. *seqq.* conf. *Ordin. Process. Magd. c.* 14. §. 5.

8 Ex quibus patet, Advocatis non solum prohibitum esse uti ver-
bis palam injuriosis, sed imprimis scopticis, fictilibus, sarcasticis &
πικρίαν quandam, Christianis omnibus prohibitam, involventibus.
9 Pœnæ constitutæ variæ reperiuntur, imprimis vero illud notandum,
quod ipsorum scripta, supplicationes, positiones in judiciis exhibi-
tæ, ab Actis removeri & rejici debeant, id quod in bene multis Or-
10 dinat. Processuum constitutum esse constat. Sic in Ordin. Hannov.
de Anno 1663. *tit.* 4. §. 11. expresse habetur: **Daß sie solche Schrifft
sollen wieder zurück senden**, it. **daß sie nicht solten angenom-
11 men/ sondern** rejiciret **werden**, conf. Mart. *c. l. n.* 24. Imo &
ipsi Advocati probrosis rixis dediti interdum à limine Judicii repel-
luntur, ceu olim apud Romanos improbissima fœmina Carfania, quæ
inverecunde postulabat, & Judicem inquietabat, causam dedit Edi-
cto, ne fœminæ admitterentur ad postulandum. *l.* 1. §. 5. *ff. de postul.*
Imo & aliæ addi solent pœnæ. Meretur hic adduci præjudicium,
quod habet Gylmann. *in Symphor. supplic. Cam. tom.* 2. *p.* 2. *vol.* 14.
quo Procuratori & Advocato ob productum in Judicio scriptum fa-
mosum & injuriosum foro interdictum fuit. Verba Sententiæ in
Cam. Imp. d. 28. *Jan.* 1586. publicatæ ita se habent: **In Sachen**
Dn. **von** L. F. Z. K. **wie dessen** Creditores **in** Actis **benannt**, secun-
dæ Appellationis **ist die von wegen ermeldtes Herrn den** 23. Septem-
bris Anno 84. **eingekommene Ableinungs-Schrifft, als schmähafft**
und

und denen gemein-beschriebenen Rechten, Reichs-Ordnungen und Abschieden zuwider, nicht angenommen, sondern verworffen, jedoch ihm Herrn L.F. seine Nothdurfft und wie sichs gebühret nochmahls fürzubringen hierdurch unbenommen, auch N um deßwillen er solche famose Schrifft gerichtlich eingegeben, und andern bewegenden Ursachen, seines Procurator-Standes hiermit priviret und entsetzet, dem Doct. N. als Advocato Causæ, welcher berührte Schrifft ihm N. zu produciren befohlen, bey Straffe 20. Marck löthiges Goldes dem Käyserl. Fisco ohnnachläßlich zu entrichten, keiner Parthey, wer die auch sey, in und ausserhalb des Gerichts in jetzigen und künfftigen Sachen an diesem Käyserl. Cammer-Gerichte mit Advociren, Consuliren, Suppliciren, Sollicitiren, Revidiren, noch in einige andere Wege sich ferner gebrauchen zu lassen gäntzlich interdiciret und verboten, als wir sie deiselbigen hiermit priviren, entsetzen, auch respective interdiciren und verbieten, und solches alles von Amts wegen. O si hæc vestigia premerentur in Judiciis inferioribus, quam facillimo negotio possent Processus ab istiusmodi stercore purgari! Sed hodie Rabularum plena quasi sunt Judicia omnia. Ubi geruntur Processus sine scommatibus, & aculeis? Et tamen rarissime in hoc pessimum genus hominum animadvertitur.

Pertinent huc etiam, quæ *Capite I. n.* 39. prælibavimus de rejiciendis scriptis contra personas, quibus debetur reverentia, oblatis, quæ faciunt mentionem doli, fraudis & ubi verba non sunt in factum temperata, nam revera respectu harum personarum injuriosa sunt, Sichard. *ad L.* 5. *C. de dol. mal. n.* 9. 13

Cæterum expediret, scripta talia oblata ne quidem recipere vel parti adversæ communicare, quin absque ulteriori ambage illa ex officio rejicere, ceu id supra deductum est. Mev. *p.* 2. *d.* 349. Plerumque tamen hodie recipiuntur & parti adversæ communicantur & demum in sententia definita addi solet: **Daß die Schrift** ab Actis **zu** removiren **sey** &c. ex quo tamen fit, ut inde novus injuriarum Processus proveniat, qui tali casu Advocato ita injuriis lacessito denegare nequit, ubi illud singulare occurrit, quod etsi extraneus sit, qui scripti illius injuriosi autor est, tamen ob convitia ista in eo Judicio conveniri possit, ubi injurias illas evomuit, Mev. *part.* 5. *dec.* 374. Mart. *Proc. Saxon. tit.* 3. §. 1.

14 (margin, beside "Cæterum expediret"); 15 (margin, beside "tentia definita addi solet")

16 §. 1. *n.* 31. *seqq.* Supponendum tamen, uti patet, in hisce casibus,
verba ista fuisse prolata animo injuriandi, inde enim omnis injuria
æstimatur: aliud enim omnino est, si causæ, quam tractat Advoca-
tus, qualitas requirat, ut necessario ad illius personæ, cum qua
cliens ejus litem habet, turpitudinem allegandam deveniatur. Fit
enim objectio & allegatio talis non ex libidine convitiandi sed neces-
17 sitate officii. In genere enim ex exceptione rei conventi, licet con-
tumeliosa, non oritur injuria quando exceptionem illam ad necessi-
tatem causæ suæ in Judicio adhibuit, Mynsing. 4. *obs.* 19. v. c. si
frater personam turpem heredem instituisset, fratris præteriti Advo-
catus, oppugnaturus istam dispositionem, recte allegat illam macu-
lam; conf. Stryk. *de conscient. Advoc.* c. 3. *n.* 34. *seqq.* ubi pluribus de
convitiandi pruritu nefario disserit. add. Disp. ejusd. *de fals. prec. princ.*
18 *obl. c.* 4. *n.* 7. ubi ex iisdem principiis quæstio deciditur, an scriptum
pro injurioso reputandum, in quo opposita est *exceptio mendacii* vel
19 facta mentio *mendacis precatoris.* Et huc sine dubio collimant verba
L. quisquis. 6. §. 1. *C. de postul. ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in
licentiam convitiandi, & maledicendi temeritatem, porumpant.* Conf.
Mev. *part.* 9. *dec. ult.*

20 Cum vero non raro contingat, imo in morem fere abiisse vi-
deatur, ut retorsio injuriarum tanquam genus quoddam defensionis,
publice non tantum admittatur, sed etiam approbetur, (qualis ap-
probatio an regulis pietatis & indoli Christianismi, imo Juris Natu-
ræ præceptis conveniat, iis judicandum relinquo, qui politioris sunt
ingenii, nec omnia cum vulgo pro auro venditant, quod splendo-
ris speciem continet) hinc etiam factum, ut cum injuriati per re-
torsionem illatas sibi injurias vindicatum, honoremque purgatum
eant, Instrumentum retorsionis in judicium deferant, & Actis insi-
21 nuari cupiant. Nascitur inde quæstio: quodnam hic sit boni pru-
dentisque Judicis officium? Videlicet cum retorsio hæc, prout ap-
probata est, *remedium extrajudiciale* sit, & ista ideo permissa, ne
multiplici & ancipiti Processu se committere teneatur injuratus, hinc
utique Judex ea, quæ retorsionis sunt, partibus relinquere & non
22 recipere debet. Imo cum retorsione ad Acta admissa, vel etiam co-
pia alteri data, non possit non fomentum litium inanium inde nasci,
cum

cum tamen Judex ex officio adstrictus sit ad illas imminuendas, sequitur multo magis talem retorsionem rejiciendam esse. *Mev. part.* 5. *dec.* 33. Neque enim inde injuriarum nasci debet occasio, unde Jura nascuntur. *l. meminerint.* 6. *C. unde vi.* Et sic in Almæ Salanæ Scabi- 23
natu anni præced. Mense Majo pronunciatum fuit sequentibus: Insonderheit ist Klägers rechtliches Beystandes unter dem Nahmen einer Defensions- und Retorsions-Schrifft übergebenes dermassen hefftiges und Ehrenrühriges Schreiben, worinnen er die Gräntzen der Retorsion weit überschritten, von denen Acten zu nehmen, und ihm wiederum zurück zu geben, mit der Bedeutung, daß, wenn er künfftig mit dergleichen Schrifften einkommen werde, solche nicht allein von denen Acten verworffen, sondern er selbst mit nachdrücklicher Straffe unausbleibend angesehen werden solle; Und hat er übrigens, wofern er die ihm zugefügte Injurie gerichtlich zu ahnden gemeynet, dasselbe ohne Retorsion, als eines Remedii extrajudicialis, auch extrajudicialiter auf die in Rechten vorgeschriebene Masse zu gebrauchen rc. Ex iisdem fundamentis 24
prohibitum quoque *in R. I. de Anno* 1654. §. 53. Daß keine Interrogatoria criminosa, & quæ turpitudinem respondentis continent, bey Straffe, nach Ermäßigung gesetzt, weniger aber der Zeuge darüber examiniret und angefraget werden: quæ verba diserte indicant talia interrogatoria injuriosa & criminosa esse rejicienda, v. c. Ob Zeuge sich öffentlicher Laster, als Mord, Todtschlags, Ehebruchs und dergleichen 25
schuldig wisse, vid. Nic. *Process. cap* 60. *n.* 15. Sed hic statim suppeditant cautelam, videl. ut interrogatoria concipiantur in personam contestis, an non ille de aliquo crimine condemnatus sit, v. gr. Ob Zeuge seine Neben-Zeugen kenne? und ob einer unter ihnen niemahls wegen Hurerey, Ehebruchs, Diebstahls, Schmähschrifften oder sonsten gestraffet sey? conf. Nic. *cit. loc* Mart. *Proc. Sax. tit.* 20. §. 2. *n.* 114. Verum valde dubito, an non tales cautelæ in fraudem legis 26
inventæ & introductæ sint, maxime cum & talia interrogatoria sint criminosa, licet non respondentis turpitudinem contineant. Facit huc *L. ult. in fin. C. de Accusat.* Criminosis & injuriosis hisce articulis val- 27
de accedunt illa, quæ pro diris & execrationibus adducuntur: v. c. Ob er bey seiner Seelen Seligkeit und so gewiß als er das höllische Feuer vermeiden wolle, sagen könne, daß rc. Ob ihn der Teuffel holen, und so die Sache sich nicht also verhalte, er GOttes Fluch, die Hölle, zeitlich und ewig Verderben verdienen wolle. qualia eodem modo rejicienda

sunt: Sunt enim utique impia & divinis præceptis contraria & temeritatis speciem continent. Mev. *part*. 4. *dec*. 470. Qualia tamen à foris Christianorum merito removenda, vid. Disp. Præsid. *de Execrat. Testator*. ubi pluribus *Cap. I*. de execrationum abusu differit.

CAPUT V.

De rejiciendis Appellationibus & Leuterationibus.

SUMMARIA.

De dignitate hujus materiæ. n. 1.
Appellationum abusus. 2. seq.
Querelæ Eruditorum de hoc abusu. 4.
Ludolfi Hugonis tractatus de appellat. abus. tollend. laudatur. 5. seq.
Transitus ad præsentis Cap. thema. 7.
Judex inferior fere spernitur ob appellationum frequentiam. 8.
Judicis superioris prudentia in rejiciendis appellationibus. 9.
Non tam Judex male judicat, quam litigantes male appellant. 10. seq.
Prudentiam Judex adhibere debet in rejiciendis appellationibus. 12. seqq.
Judex ad quem principaliter concurrit in rejiciendis appellationibus. 15.
Judex à quo tenetur appellationes recipere. 16.
Judex à quo rejicit appellationem dando Apostolos refutatorios. 18.
De hisce judicat Judex ad quem. 19.
Judex à quo rejicit appellationes frivolas. n. 20. seq.
Quænam sint frivolæ, arbitratur Judex superior. 22. seqq.
Quid in arbitrando Judex observare debeat. 24.
Judex à quo rejicit appellationem, quando causa non est appellabilis. 25. seq.
Item quando summa non est appellabilis. 27.
Vel appellatio directa ad Judicem notorie incompetentem. 28.
Potest tamen admittere appellationem cum clausula in quantum de jure. 29.
Clausulæ, in quantum de jure, effectus. 30.
Apostolorum refutatoriorum effectus. 31.
In Saxonia Appellatio relatione Judicis à quo removenda. 32.
Judicis ad quem officium in rejiciendis

ciendis appellationibus frivolis. n 33. *seq.*
Unde colligi temeritas appellantium à Judice ad quem possit. 35.
Imprimis gravamina inspicienda. 36.
Abusus beneficii L. per hanc C. de tempor. appellat. 37 *seq.*
Acta in dubio admittuntur ad pleniorem disceptationem, sed inde oriuntur difficultates. 40. *seqq.*
Beneficium L. 4. C. de tempor. Appell. frivolis appellationibus ansam præbet. 43. *seq.*
Appellationes quatenus in causis modicis rejicienda. n. 45. *seqq.*
Dubia removentur. 48. *seq.*
Jus Civ. & Can. in modicis admittit Appellationes. 50. *seq.*
Respondetur. 52. *seq.*
Rejicitur appellatio si periculum in mora. 55. *seqq.*
In Causis Cambii rejiciuntur. 58.
Item in causis alimentorum. 59.
De aliis Causis remissive. 60.
Leuterationes frivola. 61. *seq.*
Formula pronunciandi. 63.
Ratio diversitatis ab Appellationibus. 64.

OPtarem ut & ratio tempus & cancelli, quibus me interclusum esse video, permitterent, ut de hac materia egregia fusius disserere possem. Neque enim satis de illa dici, nec defectus & miseriæ, quæ hic occurrunt, digne deplorari possunt. Tam ingens cumulus 2
Appellationum frivolarum quotidie occurrit, sub quo tamen gemit Justitia & Processus fiunt immortales, ut hoc intuitu vere quidem, sed vix absque pudore, dicere possimus, dispositionem *L. properandum.* 13. *C. de judic.* nunquam esse receptam, recipiendam tamen, sicuti 3
cætera omnia, quæ bene in Jure sunt disposita, ob seculi autem depravationem neglecta in usu fori. Nec raræ hac de re sunt querelæ, sed JCti summi jam sæpius & pluries de hac re conquesti sunt. In 4
ipsa *Ordin. Cam. part.* 2. *tit.* 28. §. **darzu.** ejusmodi querelæ occurrunt, quas etiam repetit Gail. 1. 1. *obs.* 128. *n.* 2. Præstitit vero id imprimis 5
Vice-Cancellarius Hannoveranus Ludolff Hugo, vir indefessis laboribus pro emendanda judiciorum perversitate occupatus, & eruditionis laude conspicuus, qui in tractatu absolutissimo *de abusu appellationum tollendo*, id maxime egit, tum ut ostenderet perversitatem nostrorum judiciorum, tum etiam, ut suppeditaret modum, qua ratione hisce malis occurri & justitia, quæ sub tanto cumulo Appellationum plane gemit, pristino suo vigori & splendori restitui possit. Ostendit autem imprimis in *C.* 5. & 6. *part. prior.* fini appellatio- 6

 num

num maxime adversari *beneficium nova deducendi*, imo esse corruptelam judiciorum & fomentum temeritatis litigantium, dum sub hoc prætextu frivolæ admittuntur appellationes, quæ tamen merito essent
7 rejiciendæ, & ne quidem recipiendæ. Operam ergo hoc capite dabo, ut brevibus, quantum ratio instituti patitur, enucleem, qua ratione bonus & prudens Judex suo debeat satisfacere officio in recipiendis & rejiciendis Appellationibus & Leuterationibus, quod im-
8 primis Judex superior, seu *ad quem*, attendere debet. Eo enim protervitas litigantium proh dolor! redacta est, ut quia norunt, sibi superesse appellationis viam, autoritatem Judicis inferioris spernant, quocunque ergo modo ille pronunciaverit, statim hanc viam in-
9 grediuntur. Ergo imprimis Judici superiori cura eo dirigenda, ut non promiscue recipiat quasvis Appellationes, ne inferioris Judicis autoritas eo ipso vilescat, & lites frivolæ tandem finem accipiant.
10 De nulla enim appellantes causa magis conqueruntur, quam de injuria Judicis *à quo*, quod vel ex formulis communibus appellationum notum est. Sed recte & prudenter regerit summus Hugo *in cit. tract. C. 3. p. 46. Non tam Judex male iudicasse, quam ipsi litigantes male egisse videntur, dum omiserunt ea, quæ nunc in judicio appellationis deducere cupiunt. Quo ore enim Judicem iniquitatis arguat, qui ipse sibi*
11 *defuit*? Eleganter itidem hac de re judicat Ventura de Valentiis (seu, vero nomine, Jurga Valentinus Winther) *in partb. litig. lib. 2. c. 14. n. 20. Qui non gravatus*, ait, *appellat, certum est, quod aut gravare intendit, aut tempus redimere: non debet autem esse appellatio suffragium cavillantium, sed refugium gravatorum, multi enim pendente appellatione fruuntur aliqua re, quæ semper fuit injuste possessa, & ita antidotum ver-*
12 *titur in venenum.* Totum negotium requirit prudentem & innocentem Judicem, qui nec quasvis recipiat appellationes, & alia remedia suspensiva, nec etiam temere rejiciat juste interpositam appellationem.
13 Informat ipse Imperator Diocletianus Judices in *L. 6. §. 4. C. de Appellat.* dum inquit: *Ne temere ac passim provocandi omnibus facultas præbeatur, arbitramur eum, qui malam litem fuerit prosecutus, medio-*
14 *criter pœnam à competente Judice sustineat.* Graviter itidem loquitur contra libidinem & pruritum appellandi *R. I. de Anno 1654. §. 120.* ubi simul Advocatis causæ pœna dictatur.

Cum

Cum vero hic Judicis *à quo* & Judicis *ad quem* respectus occur- 15
rat, evidens est, *principaliter* concernere illa, quæ de rejectione ap-
pellationum proferuntur. Judex enim *à quo* non potest facile reji- 16
cere appellationes interpositas, sed recipere jubetur & quidem sub
pœna certa, de qua vid. *L. 21. C. de Appell.* Conf. Ziegl. *Dicast. Concl.*
51. §. 2. ubi fusius de pœna Judicis inferioris appellationem non ad-
mittentis edisserit. Unde illi dant *Apostolos reverentiales* h. e. quod 17
detulerint huic appellationi *in reverentiam Superioris*, & hisce uti so-
lent formulis: Und wir aus unterthänigstem Respect gegen Ew. Chur-
fürstl. Durchl. solcher Appellation deferiret und Sie *ad Acta* angenom-
men, vid. Stryk. *in Coll. pract. c. 23. §. 8.* Hisce opponuntur Aposto- 18
li refutatorii, quando appellationem rejicit, Struv. *Exerc. 50. th. 12.*
Ex quibus patet aliquando & judicem *à quo* appellationem rejicere
posse, sed tamen effectus hujus rejectionis dependet à Superioris con-
firmatione, nam & in ipsis Refutatoriis Apostolis debet causa, cur ap- 19
pellationi deferendum non sit, ex primi (alioquin ipsi apostoli à Ju-
dice *ad quem* rejiciuntur, Mev. *part. 1. dec. 136.*) ut inde Judex supe-
rior possit judicare, utrum rejicienda an admittenda sit, cujus arbitrio
quoque Judex inferior hoc committit. Conf. *L. 3. 19. & 31. C. de Ap-
pellat.* Mart. *in Proc. Sax. tit. 10. §. ult. n. 714.* De utroque casu vi-
deamus

Primo quidem quando Judex inferior seu *à quo* possit rejicere 20
Appellationem, ubi causa generalis prima sese offert, si Appellatio
sit notorie frivola & frustratoria, huic enim Judex *à quo* deferre non
tenetur. *C. cum Appellationibus. x. de appell. in 6.* Deneganda enim est ap- 21
pellatio in notoriis, & sic executioni est mandanda sententia super ex-
pulsione meretricum & turpium inhonestarumque personarum lata,
non obstante appellatione, Mart. *Proc tit. 10. §. 6. n. 355. seqq.* Sed cum 22
non æque facile *in hypothesi* hoc appareat, uti quidem *in thesi* profer-
tur, quæ nam enim frivolæ sint, per regulam certam definire nequit,
sed Judicis arbitrio relinquendum, Menoch. *de A. I. Q. Cas. 197. n. 4.
& Cas. 445.* Hinc evenire potest, ut Judici inferiori appellatio ali-
quando frivola appareat, quæ tamen non ita à Judice *ad quem* repu-
tatur, ergo in rejectione sine dubio hujus, non illius, judicio stan- 23
dum, modo omnes circumstantiæ à Judice *ad quem* diligenter fuerint

 exami-

24 examinatæ, & rationes Judicis inferioris excussæ, scil. (1.) an certi & indubitati Juris sint, quibus nituntur; (2.) an, quæ ex facto ad injustitiam provocationis demonstrandam allegentur, juri allegato congruant; (3.) an hæc etiam extra controversiam sint. &c. In dubio enim appellationi deferendum, vid. Mev. *part.* 6. *dec.* 13.

25 Altera causa est, quando causa non est notorie appellabilis, qualis est criminalis *l.* 2. *C. quor. appell. non recip.* & aliæ, quæ in *tit. cit.*
26 habentur. Conf. Scaccia *de Appellat. qu.* 17. *n.* 1. Mev. 3. *Dec.* 386. Quo etiam spectant causæ ecclesiasticæ, respectu Principum August. Confess. addictorum, quippe à quibus in his causis provocatio est illicita, qua de re vid. special. Disp. Bodin. *de illicit. à Princip. potest. prov. in caus. eccles.* cuj adde Disput. Strykii *de Appellatione illicita:*
27 Idem dicendum, si summa in litem deducta non sit appellabilis, nam tum, parte etiam non petente rejici appellatio potest, Gail. 1. *obs.* 123.
28 *n.* 2. Zaunschliff. *de offic. Jud. suppl. P.* 2. *Conc.* 15. §. 4. *n.* 7. Refero huc etiam si alias illicita est appellatio ob deficientem facultatem cognoscendi ejus, ad quem appellatum, Mev. *part.* 1. *d.* 250. Carpzov. *lib.* 3. *Resp.* 110. *n.* 1. *seqq.* Sic temeraria est appellatio, quæ fit à sententiis Cameræ ad Pontificem, quibus temerariis appellantibus pœna 100. marcarum auri puri dictari solet. Conf. *R. I. de Anno* 1654. §. als sich denn auch. 164. Schweder. *Jur. Publ. P. Spec. S.* 1. *c.* 11. §. *ult.*
29 Sed cum, uti dixi, tota cognitio de rejiciendis appellationibus, non obstantibus hisce refutatoriis Apostolis, Judici *ad quem* sit relicta, tutissimum est, si appellationes recipiat, Ziegler. *Dicastice Concl.* 57. §. 6.
30 præsertim si clausula addita: *in quantum de Jure*, cujus Clausulæ hic effectus est, ut si appellationi non esset deferendum, non etiam delatum censeatur, Brunn. *improc. c.* 28. *n.* 56. Scaccia *de Appell. qu.* 17. *lim.* 6.
31 *n.* 100. Id tamen operabuntur Apostoli refutatorii, ut difficilius à Superiore recipiatur vel ut audientia primum instituatur super acceptanda vel rejicienda appellatione. Stryk. *Introd. in prax. for. c.* 23. §. 14.
32 Hinc & apud Saxones pronunciari solet: Daß vor allen Dingen die eingewandte Appellation durch einen Bericht aus dem Wege geräumet werde. Ne itaque Judex *à quo* talem sententiam expectare necesse habeat, consultum est, ut interposita tali appellatione, quam frivolam esse

esse videt, mox appellanti terminum statuat zu Ablösung eines unterthänigsten Berichts. Stryk. *in Colleg. pract. S.* 3. *M.* 6. §. 12.

Judex ergo *ad quem* magis hic peccare potest, quippe cujus dex 33
tro judicio & arbitrio commissum, an appellationem recipere velit
nec ne. Hic ergo ante omnia cavere debet, ne frivolæ appellationes 34
recipiantur. Judex enim inferior satis hic fecit suo officio, si refutatorios dederit: ast majori cum solicitudine Judex *ad quem* hic versari debet, ne conniveat appellantium temeritati. Peccat Judex cum temerario appellante, si temeritatem non impediat, quam debebat
refrenare, Ziegl. *Dicast. Concl.* 52. §. 10. & 11. Colligi autem & di 35
judicari à prudenti & bono Judice id facile posset, si modo in decernendis Processibus appellatoriis totam causam examinaret secundum
præcepta, quæ Mev. *part.* 1. *dec.* 7. distincte Judicibus suggerit, ubi 36
in specie puto ad gravamina esse respiciendum, nam non tantum se gravatum esse allegare, sed in specie docere debet, in quo gravatus sit & qua ex causa. Hoc enim perpenso, sæpissime calumnia & teme-
ritas appellantium apparebit. Protestantur enim plerumque se secun- 37
dum *L. per hanc.* 4. *C. de temp. Appell.* non deducta esse deducturos, non probata probaturos. Sed eo ipso hoc beneficio abutuntur, & sub hoc clypeo temeritatis certant, lites extendunt, Judicemque gra-
vant. Utor hic potius verbis Ludolf. Hugonis *in tract. laud. c.* 3. 38
quàm meis. *Compertum est*, inquit, *appellantes plerumque in libellis gravaminum nil nisi acta prioris instantiæ coccilari, vel vero nova afferre futilia, inepta, ἀλλότρια, vel etiam omnia hæc miscere. Sunt quidem hæc omnia vetita legibus. Quid enim minus concedendum est in Judiciis*
quam actum agere? sed quæritur, quomodo ab appellantibus hoc impetrari 39
possit? ostendit postea hac in re difficultates occurrentes & subjicit: si appellatus urgeat gravamina esse meram repetitionem priorum actorum, vel esse impertinentia, nec esse admittenda, *tunc igitur Judex causam cognoscere & pronunciare tenetur de admissione gravaminum. Sed & ex officio gravamina, si irrelevantia esse animadverterit, rejicere debet, hinc frequentius illa in Camera Imperiali pronunciatur formula:* In Sachen N. N. seynd die eingebrachte Gravamina als unerheblich oder überflüßig nicht, sondern die Sache von Amts wegen vor beschlossen ange-
nommen. conf. Gail. 1. *obs.* 128. *n.* 4. In dubio tamen ad pleniorem 40
discepta-

disceptationem communiter admittuntur; sed hæc res non caret difficultatibus, & ut plurimum eo ipso admittuntur gravamina irrelevantia, de quo *cit. Autor* merito conqueritur, & ostendit *in sequentibus*,
41 qua ratione consultari cœperit de hisce removendis impedimentis & difficultatibus, tandemque in Camera Imperiali Decretum factum, quod in gravaminibus statim in specie appellans exprimere debeat: Was er ferner, als zuvor geschehen, und welcher gestalt von neuem zu be-
42 weisen begehre, sonsten die Gravamina nicht zugelassen. Et nimis longum foret, omnia illa hic repetere, quæ summus ille JCtus magno
43 cum Judicii acumine ibi congessit, & imprimis per totum librum ostendit, quantum fomentum frivolis Appellationibus tribuat illud beneficium. *l. per hanc. 4. C. de temp. Appell.* quod adeo merito foret re-
44 stringendum, imo plane à foris removendum. Nam alias omnes de rejectione frivolarum Appellationum assertiones *in hypothesi* nullæ erunt, quia affectum suum sortiri nequeunt, cum nullæ, ut sæpe dictum, tam frivolæ esse possint appellationes, quæ non aliquo colore niti queant, ubi tunc in dubio Judex appellationem admittit.

45 Sed veniamus ad alias causas. Sicuti jam supra ostensum in causis modicis non facile processum admittendum, ita multo magis ap-
46 pellatio in iisdem rejicienda. Sane *in Ordin. Proc. Magd. c. 6. §. 2.* constitutum, quod in causis modicis, quæ non ultra 300. thaleros æsti-
47 mari potest, nullum remedium suspensivum admittendum sit. In aliis provinciis nec hac de re desunt Ordinationes, quæ certas summas appellabiles constituerunt, quales constitutiones ad refrenandas
48 frivolas Appellationes utique faciunt. Quanquam enim negari nequeat, in modicis non minus aliquem lædi posse per sententiam, quam in magnis & in summis appellabilibus: Reipubl. tamen utilitas & bonum commune non admittit, ut minima discutiantur, majora negligantur. Ziegl. in *Dicast. Concl.* 23. §. 18. ubi simul adducit verba Justi Zinzerling *de Appellat. n. 74 lit. C.* quæ cum rem hanc eleganter de-
49 clarent, non pigebit huc transferre, *ut maxime aliquando*, ait, *ab inferiore Judice in minoribus causis quis inique gravetur, tanti tamen hoc non est faciendum, ut ob id libera concedatur facultas seculo hoc litium fera-*
50 *cissimo, hominibus temerariis in quibusvis causis appellandi.* Non quidem inficias ire possumus, utrumque Jus tam Civile quam Canonicum hisce

hisce Ordinationibus quodammodo videri adversum, cum *in C. XI. de appellat.* Pontifex expresse declaret: *De Appellationibus pro causis minimis interpositis volumus te tenere, quod eis, pro quacunque levi causa fiant, non minus, quam si pro majoribus forent, deferendum*, & Imperator ipse *in L. 20. C. de appellation.* disertis verbis dicit: *& in majoribus & in minoribus negotiis appellandi facultas est*: Cui accedit ratio *ex Nov.* 69. quod quamvis res de qua agitur minima videatur, 51
tamen injustitiæ ratio non ex quantitate sed ex suis æstimari debeat regulis, cum quod aliis vilissimum esse videatur, hoc aliis pretiosissimum est. Sed an talia ad nostra jurgiis fertilissima tempora, & ubi 52
Processus tam primæ quam secundæ instantiæ non æque brevibus sunt inclusi terminis, uti quidem de Jure Romano præceptum erat per *L. 14. C. de Judic.* applicari possint, merito dubito, ubi potius de amputandis litibus cogitandum, quam de promovendis appellationibus. Unde talia non sufficiunt, ut possint providas Principum Im- 53
perii Ordinationes, quæ certas summas appellabiles constituerunt, evertere. Valeat ergo eatenus Jus Civile, quatenus Statutis loci 54
appellatio ad certam summam non est restricta, & quatenus valere potest per rationes dictas; conf. Mart. *Proc. tit.* 10. §. 6. *n* 94. *seqq.* *&* *n.* 270.

Succurrunt adhuc aliæ causæ, ob quas rejiciuntur Appellatio- 55
nes, quales sunt, si periculum est in mora, Lancell. *in tr. de attent. P. 2. c. 12. limit. 43. n. 1.* quo referri solent causæ *reparationis aggerum*, 56
ubi etiam in Camera Imperiali negari processus testatur Mev *part.* 3. *dec.* 163. In horum numero & aliæ res habentur, in quibus aut res, 57
propter quam lis exercetur, nisi celeriter procedatur, perituræ sunt, aut propter tardiorem expeditionem damnum irreparabile metuendum, Id. *Dec.* 164. *n.* 1. Hinc puto esse, quod in causis *Cambii* ap 58
pellationes non sint facile recipiendæ, qua de re simul cautum *in R. I. de anno* 1654. §. **als auch bey den Handels Städten.** 107. da ohngehindert einiger Appellation oder Provocation, nach der Sachen Befind- und Ermäßigung entweder mit oder ohne Caution der Gläubiger die Execution zu vollziehen etc. Referunt huc etiam causas *alimentorum*, 59
quæ moram non patiuntur, & sic Appellationes respuunt, adducit hanc in rem Responsum Facultatis Francofurt. Stryk. *in not. ad* Brunn.

Eccles. lib. 2. *c.* 18. §. 28. his verbis: Weil nun solche Causa alimentorum keine Moram leidet; so ist auch die Appellatio bey so gestalten Sachen nicht zuläßig, sondern es ist genug, wenn ihm eine Frist von 4. Wochen, zu Beweisung seiner vermeynten Exception eingeräumet wird,
60 jedoch daß er indessen die Alimenta entrichte. Sed instituti rationem excederem, si omnes causas non appellabiles huc transferre vellem, quæ ab aliis copiose congestæ, & pleræque etiam à Martin. *in Proc. cit. l. n.* 358. *seqq.* collectæ sunt, cum sufficiat hic ostendisse præprimis frivolas appellationes & gravamina irrelevantia rejici debere.

61 Restat ut pauca de Leuterationibus in Saxonia frequentibus addamus. Hic fere de abusu monendum, quod de Appellatione dictum est. In *Ordin. Process. Sax. tit.* 35. §. 4. expresse hac de re cautum & dispositum: Daß nicht allein in denen Leuterungs-Sachen die muthwillige Leuteranten, welche keine Declaratoriam erhalten, in die Expensas retardati Processus vertheilet werden, sondern auch in Unserer Regierung, Appellation, und Hof-Gerichte Discretion und Arbitrio stehe, ob sie nach Gelegenheit der angeführten Gravaminum denen Leu-
62 terungen, die zumahl noch bey währenden Gerichten einkommen, deferiren, oder dasselbe abschlagen rc. Rejicitur ergo Leuteratio, si Judex nullius
63 momenti gravamina deprehenderit, Martin. *ad cit. Ordin. l. c. n.* 12. & tunc pronunciari solet: Daß die eingewandte Leuterung nicht
64 zuläßlich. Stryk. *in Colleg. pract. S.* 3. *m.* 6. §. 2. Non vero est eadem hæc ratio Judicis, quæ in appellatione erat; cum enim Leuteratio non fiat ad alium Judicem, unde nec proprie loquendo novam constituit instantiam, Martin. *Proc. tit.* 35. §. 1. *n.* 43. *seqq.* hinc Judex non præcise tenetur recipere Leuterationem, uti quidem Judex *à quo* in appellationibus, sed potest eam rejicere sine pœna, quæ tamen dictata est Judici *à quo* in Appellationibus, de quo superius dictum *n.* 16. Et in genere multo facilius rejici Leuterationes quam Appellationes possunt, cum in illis nihil novi adferre liceat, ut in Appellationibus, & insuper rejecta Leuteratione parti adhuc remedium Appellationis supersit. Plura quæ de rejiciendis frivolis Leuterationibus adferri possent, prudens Lector ex iis, quæ hactenus hinc inde dicta facile concludere & pro ingenii sui capacitate supplere valet, mihi vero ad finem properandum est.

CAP.

Digitized by Google

CAPUT VI.

De Abolitione & Cassatione Actorum.

SUMMARIA.

Actorum abolitio non facile & absque gravi causa decernenda. n. 1.
Quodnam interesse in integritate Actorum lateat. 2. *seq.*
Acta inducunt notorium. 4.
Quatenus probent. 5. *seqq.*
Acta Judicio sunt affixa. 8.
Judicis interesse in asservatione Actorum. 9. *seq.*
It. litigantium. 11. *seq.*
Præjudicium ex Abolitione Actorum. 13.
Abolitio Actorum quid? 14.
An Judex partium desiderio abolitionem urgentium deferre possit? 15.
Decisio. 16. *seq.*
Consilium hoc casu suppeditatur. 18.
Principi liberior facultas in abolendis Actis. n. 19.
Abolenda Acta, quæ ad infamiam alicujus innocentis tendunt. 20.
Illustratur Processu inquisitorio. 21.
Ordinat. Cameræ adducitur. 22.
Cassatio actus absque causæ cognitione non decernenda. 23.
Quomodo ad Cassationem agatur. 24.
An abolitio Principis inferat abolitionem Actorum? 25.
Abolitio Principis quid? 26.
Decisio. 27.
Utilitas inquisiti ex cassatione Actorum. 28. *seq.*
Præjudicium inquisiti si Acta inquisitionalia non aboleantur. 30.

Sicuti non facile est rejiciendum & removendum quid ab Actis, nisi causæ gravitas & ratio publicæ utilitatis id efflagitet, ita multo magis totorum Actorum abolitio & cassatio à Judice quam difficillime decenernda, sed, nisi summa ratio id suadeat, ea integra & salva in Judiciis retinenda. 1
Versatur quippe hic in actorum asservatione diligenti plurium interesse: Ipsius scil. Judicis, litigantium aliorumque, qui causam ab eis habent, imo & extraneorum, qui plane hactenus ad illam causam admissi non sunt, & denique ipsius Judicii. 2
Equidem Judiciorum integritatem in Actis asservandis plurimum operari insignesque edere effectus, nemini puto ignotum esse. 3
Inter hos non 4
ultimo

Digitized by Google

ultimo pono loco, quod Acta liquidam & notoriam rem faciant, *C.*
olim. x. de V. S. Gail. 1. *obs.* 31 *n.* 10. & 1. *obs.* 134. *n.* 16. Mev. *part.* 1.
5 *dec.* 286. *n.* 1. & *part.* 7. *dec.* 33. *n.* 3. 4. Imo plenam inducant fidem.
Mev. *part.* 2. *dec.* 207. *n.* 2. nec ullam probationem extrinsecam exi-
gant, Gail. 1. *obs.* 113. *n.* 3. conf. *C. bonæ memoriæ.* 23. *x. de Elect.* ibi:
pro his, quæ à Judice sunt acta, præsumitur quod omnia rite fuerint cele-
6 *brata.* Unde & in secundo Judicio probant, dummodo in eo
producta fuerint speciatim. Extendunt hoc Dd. communiter quo-
7 que, quod probent etiam in alio judicio, Gail. 2. *obs.* 134. *n.* 4. non
tantum inter easdem personas, sed etiam inter non subditas. Mart.
Proc. tit. 20. *rubr. n.* 34. *seqq.* ubi *num.* 38. *seqq.* addit requisita Actorum,
ut inde probatio inducatur. Unde & Acta dicuntur Dux, Lux & Ve-
8 hiculum ad Veritatem, Mev. *part.* 2. *dec.* 146. *n.* 1. Sunt præterea
ipsa originalia Judicio affixa, sicuti ergo non facile eduntur, multo
minus aboleri aut cassari debent, Gail. 1. *obs.* 134. *n.* 22. Mev. *part.* 1.
dec. 93 *n.* 3.

9 Judicis quoque utilitatem hic non excludendam esse, facile ap-
paret, si modo illa, quæ communiter de præsumptione pro Judice
& ejus Actis, diligenter conferantur, quo spectat Stryk. *Disp. de*
10 *præsumpt. pro Magistrat.* Interest videlicet ejus, ut illa præsumptio
pro ejus Actis & gestis non tollatur, quod facile fieri posset, ubi de
integritate & incolumitate Actorum non est solicitus. Accedit quod
Judex in his, quæ apud Acta constituuntur, testium vice sit, Mev.
11 *part.* 7. *dec.* 178. *n.* 15. ubi tamen integritas eorum supponi debet. Sed
litigantium interesse non minimum inde apparet, quod exinde de eo-
rum causa judicari debeat: notum enim vulgatum illud Dd. Judex
secundum Acta & probata judicare debet. Unde & omnino eorum
interest, an aliquid sit pars Actorum, an secus. Id quod per specia-
les casus capite sequenti, ubi commodior agendi de hac materia ratio
12 occurret, adhuc deducturus sum. Sicuti jam ad Acta judicialia nihil
admittendum super quo non audiuntur partes, quorum ista sunt,
Mev. *part.* 8. *dec.* 201. *n* 3. & *part.* 2. *dec.* 204. *n.* 4. ita & quod semel actis
additum, invita altera parte ab iisdem adimi vel reddi non debet.
Semel enim actis adjecta, sunt pars actorum, quæ utrique parti sunt
communia, & sic alteri Jus quæsitum non temere auferendum, Id.

part. 5.

igitized by

dec. 217. Mynſ. *cent.* 6. *obſ.* 76. Hiltrop. *in proc. jud. p.* 3. *tit.* 11. *c.* 4. *n.* 8. Ex his ſaltem per indicem adductis præjudicium ingens ex abolitione actorum reſultare apertum eſt. Ceſſant ſiquidem & exſpirant omnes 13
illi effectus, quos hactenus expreſſimus, & ſimul multorum intereſſe hic interit. Difficulter ergo & non ſine gravi cauſæ cognitione decernenda. Intelligo vero per abolitionem & caſſationem Actorum 14
ejusmodi *actum*, *vi cujus è graviſſimis cauſis illa, quæ hactenus in judiciis, producta & acta ſunt, tolluntur, infirmantur & plane delentur.* Hunc enim ſignificatum abolitioni competere evictum eſt in Diſputat. Præſid. *de Abolit. Principis. c.* 1. *n.* 6. unde hic totalem deſtructionem intelligimus, quod etiam per conſumtionem ignis ſæpius fieri ſuevit.

Cum ergo non unius hic verſetur intereſſe, ſtatim prima ori- 15
tur quæſtio: an Actorum judicialium abolitio nudo partium deſiderio tribuenda? veluti caſum refert. Mev. *part* 7. *dec.* 193. de actione injuriarum prolixe inter partes agitata, ubi per alios amicabili compoſitione inita, ſimul conventum erat de abolendis omnibus Actis judicialibus, & quæſtio tunc fuit mota, an Judex eorum deſiderio 16
deferre potuerit. Sed recte negativa adſtruitur, id quod vel ex hactenus dictis apparet, cum non tantum partium litigantium intereſſe hic verſetur, ſed etiam aliorum, quibus hac in re præjudicium inferre nequit. Judices enim non ſunt Domini iſtorum acto- 17
rum, ut pro placito alienare poſſint, quippe Judicio veluti appropriata ab illo tolli non debent. Præſertim cum accidere poſſit, ut Acta inſpici opus ſit, ergo abolitioni non temere ad ſolam partium inſtantiam deferendum, ſed prudentis Judicis arbitrio & dextro judicio res ponderanda. Quia tamen ad amneſtiam omnino facit, ſi illa 18
è medio tollantur, quæ hactenus inter partes acerbe acta ſunt, hinc ad alia remedia tali in caſu recurrendum. Suppeditat Mev. *cit. loc.* commodum aliquod remedium, quo deſiderio partium æque ſatisfieri poteſt, & quod ex abolitione actorum metui poſſit incommodum, ſimul evitatur, ſcil. occludenda Acta, & ſigillis ordinariis munienda, quo nemini inſpiciendi unquam copia fiat. Cæterum 19
quia liberior hic ipſi Principi eſt poteſtas, non dubitandum, id quod Judex dependens non temere decernere & admittere poteſt, ipſum Principem facilius indulgere poſſe, quo & videtur inclinare Mev.

c.l. in fin. Securius ergo est, ut ipse Princeps tali casu pro abolendis & cassandis actis statim imploretur.

20 Ut vero de gravitate & justitia causæ abolitionem urgentis constet, nemo rectius illam rem declaravit, quam Marcianus *in L. Constitutionibus. 57. pr. ff. de injur.* ubi JCtus hoc pro fundamento ponere videtur: *ea, quæ infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tollenda è medio.* Jam vero nihil notius, quam acta ad monumenta publica utique esse referenda, adeoque idem de iis prædicandum.
21 Maxime hoc contingere potest in Processu inquisitorio nulliter & frivole instituto & neglecto Juris ordine peracto, ubi si insanabiles nullitates occurrant, & temeritas in inquirendo, inquisito hoc remedio optime consuli potest, ut proposita nullitatis querela procedat, videlicet, ut Acta inquisitionis cassentur, à publicis actis separentur, & cancellentur refusis expensis, vid. Theodori Reinking. *Resp. de Process. contra Sagas qu. 9. n. 855.* tractans casum, ubi mater cum filia nulliter, frivole & absque indiciis sufficientibus in infamem magiæ inqui-
22 sitionem erat adducta. Quo respicit *Ordin. Cameræ P. 2. tit. 28. §. item nachdem auch* ꝛc. ubi hæc reperiuntur: Da sich jemand beklagen würde, daß in peinlichen Sachen, sey ungefordert und unerhört, und also nichtiglich und sonst wider natürl. Vernunfft und Billigkeit wider ihn procediret, gehandelt und geurtheilet, und derhalben principaliter auf die Nullität und Proceß ansuchen würde. ꝛc. Alsdenn soll der ansuchenden Parthey solcher Nichtigkeit halber Ladung erkannt, und darauf rechtliche Hülffe mitgetheilet werden; quem textum concinne explicat Oldek. *in*
23 *Observat. Criminal. tit. 5. Obs. 1. n. 27. seqq.* Neque enim cassatio actus alicujus absque citatione & plenaria causæ cognitione expediri potest,
24 Mev. *part. 1. dec. 57.* Potest autem ea ratione ad cassationem agi duobus modis, vel coram eodem Judice, vel coram ejus Superiore. Equidem si non inquisitio frivole à Judice fuerit formata, sed potius crimina ab aliis infamandi causa confuse delata, sed falsa notorie, tunc equidem coram eodem Judice utique ad cassationem agi potest, qui hoc casu, siquidem innocentis judicis officio fungi velit, falsa crimina pro exploratis in monumentis publicis asservare non debet, cum veritati merito omnia cedere debeant, Reinking. *c. l. n. 851.* Ast, ubi hic à Judice inquirente peccatum, non est consultum coram eodem,

dem, sed potius coram ejus Superiore nullitates deducere, cum vix
credibile sit, eo posse adduci Judicem, ut suos defectus agnoscat, &
se nulliter, frivole & pessime judicasse pronunciet, cum ita propriam
allegaret turpitudinem. Denique quæstio hoc caput claudat: An 25
abolitio Principis in Criminalibus impetrata simul involvat abolitio-
nem Actorum? Est videlicet abolitio Principis exemtio rei à Proces- 26
su criminali, ante definitivam sententiam, autoritate Principis facta,
hoc effectu, quasi inquisitio nunquam mota fuisset. Præs. *in Disp. de
abolition. Princ. c.* 1. *n.* 30. ubi in sequentibus κατ' ἐξοχὴν examinat
& deducit legalis Juris Romani abolitionis & hujus differentias. Equi- 27
dem ex ipsa definitione apparet, quæstionem affirmari posse, sit enim
hoc effectu, quasi inquisitio nunquam mota fuisset, unde & Proces-
sus contra reum institutus illico cassandus, Præs. *d. l. c.* 5. *n.* 3. etiam ab
ipso inferiore Judice simul atque abolitionem concessam esse ipsi con-
stiterit. Et sane securius est, ut non tantum inquisitus abolitionem 28
den Gnaden-Brieff impetret, sed simul eo allaboret, ut Acta ipsa
è medio tollantur & aboleantur, ne postmodum à Principe revoca-
tio tentari, vel etiam ab ejus Successore gravius quid in ipsum statui
possit. Sublatis enim ita indiciis, omnis via præclusa erit. Et quam- 29
vis sine hac abolitione Principi integrum non sit, revocare illam abo-
litionem, imo nec ipsi Successori, quod plenius & pro Dignitate ma-
teriæ accuratius excussum est in *in laud. Disp. cap.* 5. *n.* 113 *seqq. & n.* 135.
seqq. tamen cum de facto plura fiant, quæ fieri non debebant, puto
hanc cautelam à reis non esse negligendam. Accedit, quod quamdiu 30
Acta illa inquisitionis asservantur, grave inde ipsi supersit præjudici-
um, nec suspicio delicti aut infamiæ metus penitus tollatur, cum ta-
men Princeps per abolitionem illam disponat: Daß unter keinem Præ-
text einige An- und Zusprüche ferner an ihn nicht zu machen, it. daß ihm
ferner nicht der geringste Vorwurff geschehen, sondern er an seinen Ehren
vor jedermänniglich ungekräncket bleiben soll.

CA-

CAPUT VII.

De Effectu Rejectionis ab Actis.

SUMMARIA.

Connexio. n. 1.
Effectum diversitas. 2 *seq.*
Effectus generalis rejectionis. 4. *seq.*
Acta publica quid, & quotuplicia. 6. *seq.*
Rejectio tollit omnes effectus Protocolli. 8.
(1) *Rejectum in relatione non attenditur.* 9.
(2) *Sæpe Protocollum in suspicionem falsitatis adducit.* 10.
Nihil Actis absque judicis jussu addendum. 11.
(3) *Rejectio tollit notorietatem.* 12.
tollit confessionis judicialis vim. 13. *seq.*
vim probandi ex Actis perimit. 15.
Repulsio à limine Judicii jus agendi quandoque tollit. 16. *seq.*
An primat præscriptionis effectum? 18. *seqq.*
Non inducitur præventio. 20.
Res inde non redditur litigiosa. n. 22.
Rejectio inepti libelli perimit instantiam. 28.
Non interrumpit præscriptionem. 24.
Rejectio Litis Contestationis effectus plures prodit. 25.
Quat. rejecta L. C. adhuc dilatoriæ exceptiones admittantur. 26.
Quatenus totum processum vitiet. 27.
Quid ratione fructuum & æstimationis faciendæ operetur. 28. *seq.*
Quid juris, si Litis Contest. inique rejecta. 30.
Rejectio probationis quid operetur. 31.
An rejecta probatione locus adhuc sit juramenti delationi? 32.
Rejectio injuriosorum scriptorum quid operetur. 33.
An injuriosum scriptum offerens contumax dici possit? 34. *seq.*
An rejecta appellatio tollat omnia alia remedia juris? 36.

1 EQuidem *in Capite præced.* nonnulla, quæ huc facere possunt, jam tacta sunt, quia tamen non satis excussa, placuit speciatim, (quanquam antea animus non fuerat quædam specialiter de hac materia

ria tradere, ceu ex *Cap.* 1. *n.* 20. constare potest) brevibus tamen, quædam de effectu Rejectionis ab Actis adjicere. Sicuti autem rejectio diversimode considerari potest, ceu id per aliquot capita hactenus deductum uberius est: ita & effectus non iidem inde resultant, sed 2
diversæ considerationis erunt. Reducamus tamen eos ad certas classes, ita ut vel generales vel speciales supponamus. Generalis effe- 3
ctus, ubique scil. & in omni rejectione sese exserens, id operatur, 4
quod illud, quod ab Actis rejectum est, non fiat pars Actorum, sicuti enim non entis nullæ possunt esse operationes, ita nec illud, quod ab Actis rejectum est, effectus Actorum insigniores consequi potest. Jam autem multum interest an aliquid pars Actorum sit, nec ne. 5
Vidimus jam *Capit. anteced.* quosdam singulares effectus, qui exinde deducuntur, quos hic ulterius deducere animus est.

Videlicet Acta publica sunt ejusmodi scripturæ, quæ continent 6
ea, quæ apud Judicem de causa cognoscentem aguntur, Oldendorp. *de Action. Cl.* 1. *art.* 8. Sunt vero Acta publica duplicis consideratio- 7
nis, vel ut sua Protocolla comprehendant, quo casu omnes res in hoc Protocollo conscriptos continent, citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones &c. vid. *C quoniam.* 11. *x. de probat.* vel ut Protocollis opponantur, & ita Actorum nomine veniunt illa, quæ in scriptis exhibita sunt. Stryk. *in Disp. de Jure protocoll. cap.* 1. *n.* 35. *seqq.* Blum. *Proc. tit.* 63. *seqq.* Cum ergo Protocollum Actorum 8
publicorum nomine contineatur. Beust. *ad L. admonendi.* 31. *ff. de Jurejur. n.* 803. evidens est, rejectum scriptum nec partem Protocolli fieri, & consequenter omnes effectus Protocolli judicialis hic cessare. Unde rejectio id operatur (1) ut in relatione id quod in scripto rejecto 9
continetur, plane non attendatur. Quod maxime in Camera Imperiali vi *R. I. de Anno* 1654. §. 144. contingit, ubi Assessoribus Cameræ injunctum non ex ipsis Actis, sed ex Protocollis referre; (2) sicuti 10
Acta sincere, vere, imo integre & absque mutilatione conscribi debent, ut effectus Actorum publicorum consequantur, vid. Hillig. *ad Donell. lib.* 27. *c.* 6. *lit. E. in not.* Gail. 1. *obs.* 134. *n.* 12. ita quoque si id quod semel rejectum, tamen non attenta rejectione ab Actuario Judicii Actis adjiciatur vel Protocollo inseratur, Acta inde in suspicionem falsitatis deducuntur, & vim suam amittunt, quia non possunt

dici sincere esse condita, ubi frivola inepta & semel rejecta eis addita.
11 Si enim Actuarius Actis nihil inserere debet absque prævio jussu Judicis, quippe qui totus à Judice dependet. Brunn. *ad Wesenb. tit. de fide*
12 *instrum qu.* 14. ita multo minus aliquid ei inserere debet contra voluntatem Judicis; (3) sicuti gesta, quæ in publica monumenta translata sunt, perpetuam habere veritatem dicuntur in *L. fin. C. de re jud.* & sic, quod Protocollo publico insertum, publicam fidem meretur, Stryk. Disp. *de Jur. Protocoll c.* 5. *n.* 2. ita contra, remotio ab Actis evertit plane illum effectum, nec ad illud, quod rejectum est, provocari tanquam ad notorium & quod fidem publicam habet, potest. conf. *Cap.* 6.
13 *n.* 4. Et sic frustra est omnis acceptio à parte adversa, cum alias soleant esse prompti Advocati in accipiendis illis, quæ è re ipsorum esse videntur, juxta formulas consuetas: Ich acceptire utiliter, daß Beklagter gestanden rc. rejectum enim scriptum confessionem judicialem inducere nequit, cum pars Actorum non sit factum. Quo circa si postea in alio termino diverso modo se explicuerit, adversarius objicere nequit ei judicialem confessionem. conf. Zœs. *ad ff. tit. de confess.*
14 *n.* 8. Imo, si confessio tamdiu revocari potest, quamdiu non est redacta in scriptis seu Protocollum, multo magis non nocebit, si ne
15 quidem admissa: Exinde etiam omnem vim probandi scriptum rejectum amittit, deficiente illo medio, per quod virtutem probandi accipere debebat, qua de re vid. uber. cit. Disput. Stryk. *c. ult.*

16 Effectus speciales etiam facile sese exserunt, si modo recurramus ad specialia, in capitibus præcedentibus exhibita. Equidem si plane quis repulsus fuerit à limine judicii, facile contingere potest, ut quis Jus agendi plane amittat, præsertim iis in casibus, ubi ratio publica
17 partes à limine Judicii removet. Nam in iis casibus, ubi quis *secundum quid* tantum à limine Judicii repulsus est, quod actionem indecentem forsan contra personas, quibus debuit reverentiam, instituerit, ibi ei sine dubio adhuc integrum erit decenti remedio jus suum persequi. Occurrit autem hic statim quæstio, an talis repulsio à limine
18 Judicii, præscriptionis effectum perimat, an salvam relinquat? Notum enim est, quod ex plerorumque sententia *per L.* 2. *vers. licentia. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor. Nov.* 159. *c.* 7. citatio interrumpere præscriptionem dicatur, non tantum longissimi temporis, sed etiam annalem,

igitized by Goog

nalem, veluti injuriarum, Carpz. *in Jurispr. for: part.* 4. *const.* 46. *def.* 6. & 7. Et quamvis hic plures dissentire videam, qui per citationem non interrumpi præscriptionem putent, in quem censum referendi Franzk. 3. *Resol.* 19. *n.* 22. *seqq.* Textor. *in prax. Jud. P.* 1. *c.* 4. *n.* 36. Carpz. *part.* 1. *dec.* 34. *n.* 1. & 2. aliique, tamen id quidem hactenus inexcussum relinquo, cum sufficiat hic annotasse, quod posito, quod per citationem interrumpatur præscriptio, ne tunc quidem dici possit, hunc effectum sese huc exserere, ubi ne quidem citatio decreta, sed plane quis à Judice rejectus. Hoc enim ideo factum censetur, ne ulterius plane audiatur. Ergo præscriptio adhuc suum tenebit cursum. Quod asserendum etiam puto, ubi quis secundum quid est repulsus, veluti, quod subditis contra Statum Imperii agentibus non statim decernatur citatio: antequam enim illa decernatur, effectus quoque citationis nullus erit. Unde quoque porro nulla inde inducitur præventio & litis pendentia, quæ alias per citationem oritur, Gail. 1. *obs.* 11. *in pr.* Rittershus. *ad Nov. P.* 9. *c.* 11. *n.* 27. cum & illa etiam exspiret per circumductionem termini, *L. Et post edictum.* 73. §. 2. *ff. de Judic.* Imo nec litigiosa res inde redditur, ut sic talis res, ob quam adversarius à limine Judicii repulsus, tuto cedi possit & alienari, quod alias prohibitum *L.* 2. *seqq. C. de litigios.* &c.

19 (first line: "def. 6. & 7. ... qui per cita-"), 20 ("tenebit cursum ... secundum"), 21 ("effectus ... nulla in-"), 22 ("edictum ... ut sic")

Porro quod Libelli inepti rejectionem concernit, equidem *Cap.* 2. *n.* 26. jam dictum, quod eo ipso instantia pereat, & novo processu opus sit, sed illud à pluribus in dubium vocatur, quod *n.* 26. *Cap. cit.* de præscriptione non interrupta allatum fuit, ex hac ratione, quod præscriptio opponatur plane non petentibus propter negligentiam, *L.* 2. *C. de Annal. Except.* qui autem agunt, licet inepte, negligentes dici nequeant. Mev. *part.* 6. *dec.* 6. Verum res salva est. Ad paria enim reducuntur plane non petere, & inepte & nulliter petere. Et quomodo illud effectum habere potest, quod nullum est, & super quo sententia lata ipsa annullatur? Præsupponimus tamen rejectionem: Si enim Judex ex certis circumstantiis supra *Cap.* 2. indicatis libellum sustinuerit, aliud dicendum erit, confer. Berlich. *part.* 5. *dec.* 162. *per tot.*

25 *In Capite* 3. quæ de rejectione Litis contestationis, Exceptio-
num &c. adducta sunt, suos quoque singulares effectus habebunt.
Et quidem de Exceptionibus hic nihil addo, cum *Cap. cit. n.* 50. potis-
simus jam tactus sit. Ast Litis contestatio rejecta, id inprimis opera-
bitur, quod Procurator (1) non constituatur Dominus litis, (2) non
inducatur quasi contractus & sic (3) actiones ad heredes alias non tran-
seuntes, per hanc, cum morte ipsius actoris, exspirent, pro non fa-
26 cta enim merito habenda erit. Imprimis de Jure civili hic effectus ad-
huc supererit, quod post rejectam Litis contestationem adhuc ad-
mitti debeant exceptiones dilatoriæ non oppositæ, cum Lis pro con-
testata haberi nequeat, quod tamen hodie merito limitandum, secun-
27 dum ea, quæ *Cap.* 3. *n.* 4. dicta sunt. Imo aliquando totum proces-
sum vitiat, si scil. rejecta illa, melior in judicio non fuerit adducta.
Omissio enim Litis contestationis vitiat totum Judicium, cum non
constet, de quo litigetur. *c. un. X. de Litis contest.* Mynf. *cent.* 3. *obs.* 74.
28 Carpz. *Process. tit.* 10. *art.* 2. *n.* 18. Imo ratione fructuum præstando-
rum multum intererit, an rejecta Litis constatio an non; Equidem
post Litem contestatam etiam b.f. possessor pro m.f. possessore habetur.
l. sed etsi lege. 25. §. 7. *de hered. petit.* adeoque tenetur etiam de percipi-
endis. *l.* 22. *C. de Rei vind.* §. 2. *Inst. de Off. Jud. l.* 2. *C. de fruct. & lit. ex-
pens. l.* 33. *l.* 63. §. 1. *ff. de Rei vind.* Sed rejecta Litis contestatio plane
contrarium effectum habebit. Unde porro Judex fructus non peti-
tos ab illo tempore non adjudicat. *l.* 25. §. 8. *ff. de ædil. edict.* non vide-
29 tur se liti obtulisse. *l. is qui se obtulit.* 25. *ff. de R. V.* nec æstimatio rei
admissa mora in stricti Juris Judiciis hoc tempore includenda, sed illa
extendenda, quo melior Litis contestatio fuerit oblata: tunc enim in
hisce Judiciis terminus ad quem æstimationis faciendæ erit admissa Li-
tis contestatio *L.* 3. §. 2. *ff. commod.* conf. Huber. *in Prælect. tit. de Condict.
tritic. th.* 7. *seqq.* Et infinitum foret omnes hic in medium producere
effectus. Generatim enim dici potest effectus Litis contestationis
producere contrarios effectus, ubi tanquam inepta & nulla sit à Judi-
30 ce rejecta. Sed quid si inique fuit rejecta? & per appellationem ad
superiorem rejectio illa improbata & ita admissa, annon hoc casu reje-
ctio aliquem effectum habebit? Negandum hoc puto. Cum enim
Appellatio tanquam remedium suspensivum sententiam Litis contesta-
tionem

tionem rejicientem à viribus rei judicatæ suspenderit, evidens est, rejectionem illam in effectum non fuisse deductam. Unde & actiones, quæ per mortem alias exspirant, eo ipso in heredes transeunt, & æstimationis faciendæ terminus ex eo tempore quoque judicandus.

Sed progredior ad alia, ubi quoad probationem rejectionis insignis effectus *n.* 83. *c.* 3. jam allatus est, scil. quod eo ipso ulterius ad probationem admitti nequeat, quippe quod terminus probatorialis præterlapsus sit. Ex quo quæstio oriri potest, an Actor, cui onus probandi injunctum quique in probatione defecit, quod etiam per probationis rejectionem fieri potest, reo adhuc deferre possit juramentum? Equidem Lauterbach. *de Jurejur. p. m.* 182. & Struv. *Exerc.* 17. *th.* 32. id indistincte affirmant. Sed hæc sententia vix applausum meretur, postquam enim in probando defecit Actor, jus quæsitum est alteri, ut absolvatur, Zoes. *ad ff. de Jurejur. n.* 35. supposito tamen terminum probatorium esse jam præterlapsum. Sic enim forte adhuc duret & super defectu probationis non pronunciatum sit, aliud forsan dicendum. Sed hic casus non huc pertinet, ubi supponitur rejectio probationum & quidem quæ notorie fit postquam terminus jam præterlapsus est. vid. Stryk. *Introd. ad Prax. for. c.* 20. §. 2. it. *in not. ad Lauterb. tit. de Jurejur.* verb. *defecerit.* Berlich. *part.* 1. *concl.* 38. *num.* 20. 31 32

Rejectio injuriosarum scripturarum peculiarem quidem effectum non adeo producit, præterquam quod pars Actorum non fiant, sed de hoc ipso jam uberius dictum. Id forsan operabitur, ut expeditiori ratione Processus injuriarum, quem diximus hoc casu superesse, vid. *c.* 4. *n.* 15. possit ab adversario peragi, nec difficultate probandi onerari & gravari debeat. Cum enim scriptura ipsa pro injuriosa per sententiam declarata, illaque in rem judicatam transiit, & sic pars Actorum facta, pro veritate habetur. Faciet ergo rejectio talis scripti, ut injuriam ulterius probare opus non habeat. Sed quæritur, an injuriosum scriptum offerens, quod tamen rejicitur, pro contumace haberi possit, & consequenter ei applicari pœnæ, in contuma- 33 34

ces constitutæ? Equidem per oblationem scripti videtur suam obedientiam declarasse, satisque suo fecisse officio, sed cum rejectio rem reducat ad eum casum, ac si plane non fuisset scriptum in Judicio transmissum, & deinde non sufficiat qualis qualis & injusta paritio, sed talis, qua Judicis intentioni satis fieri possit, puto nihilominus hic in-
35 duci contumaciam. Ex circumstantiis tamen Judex judicabit, an non aliquando Advocato potius quam parti convitia prolata sint imputanda, quo casu pronunciare solet Judex: Daß dem Kläger hiermit unbenommen sey, seine Nothdurfft, wie sichs gebühret, vorzubringen. Sed plerumque partes ipsæ hic concurrunt, & puto recte facere Judicem, si rejecta semel tali scriptura convitiantem in pœnam ulterius non admitteret, sed statim secundum acta & probata judicaret, quo ipso sine dubio calumniandi cacoethes refrenaretur.

36 Ultimo demum quæritur: an rejecta Appellatio tollat omnia alia remedia Juris? Hoc quidem certum est, si rejiciatur ex eo fundamento, quod frivola sit & injusta, nullum superesse: puto tamen aliud dicendum eo in casu, ubi rejicitur propterea, quia summa non est appellabilis, vel ipsa Appellatio alias deserta, tunc enim stricto jure quidem amplius audiri nequit ob Juris dispositionem: quia tamen & sic læsioni adhuc obnoxius est, hinc ad minimum arbitror ipsi superesse remedia illa, quæ dantur contra rem judicatam, quo in specie spectat Denunciatio Evangelica, qua de re pluribus actum in Disp. Præs. *de Remed. contra rem judicatam.*

Dis-

Dissertatio Inauguralis de Errore Calculi, JOH. PHILIPPI SCHMIDII, *Arnstadio-Thuringi, Altorffi Mense Majo Anno* MDCLXV.

PRÆLOQUIUM.

HAud parum ab erudita JCtorum Schola præfationibus fuisse tributum inter alia satis liquet *in l. ff. de Orig. jur. & l. 9. vers. quibus ita præmissis, ff. de castr. pecul. l. 1. ff. de doli mali & met. exc.* Nec immerito: nam, ut verba Caji *in d. l. 1. de O. J.* mea faciam, ipsæ præfationes ad lectionem propositæ materiæ libentius perducunt, & , cum ibi venerimus, evidentiorem præstant intellectum. De errore calculi pro curta ingenii suppellectile acturus hoc ipso proœmio rem accersam à principiis humanarum actionum, intellectu scilicet & voluntate, seu ab actionibus animæ rationalis internis, è quibus tanquam principiis fluunt actiones spontaneæ externæ: uti bene explicat Jacobus Thomasius in alma Lipsiensi Oratoriæ Professor, Præceptor meus, *in suis Tabell. Philosoph. Pract. tab. 12.* Nam cum voluntas sit appetitus motus à Phantasia, quam præparavit intellectus; sæpe autem appetitio oriatur ex judicio intellectus erroneo, hinc est quare voluntas hominum alia erronea, alia recta; hinc, inquam, est, quod non semper idem intelligant idemque velint negotium aliquod celebraturi. Non omnis quidem error consensum non habet: etenim error in nomine proprio personæ reive de qua igitur, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat. *l. 32. de V. O. §. 29. Inst. de Legat. l. 4. C. de testam.* Vinn. *in Comment. ad Inst. §. 22. de inutil stipul. n. 1. & 2.* Ast vero nullus plane est consensus, quando error in ipsa re, de qua agitur aut contractus initur, est commissus *l. 57. de O. & A. l. 2. pr. de Judic. l. 51. de pact. l. 15. de jurisdict.* ejusmodi error autem non debet præjudicare veritati. *l. 6. §. 1. de offic. Præsid.* Quæ ratio movit Impp. Diocletianum & Maximianum ad ferendam constitutionem *in l. un. C. de error. calcul.* quæ vult, ut calculi, si in eo erratum sit, fiat retractatio: Ne tamen ob rationes multoties retractatas lites perpetuo spirarent

& num-

& nunquam exſpirarent, quod natura rerum Dominia incerta reſpuenti, & ſupremæ legi, ſaluti publicæ, repugnaret. *l.* 13. *C. de judic. l.* 1. *de uſurpat. & uſucap. l.* 1. §. 1. *de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* ideoque certus retrahendi errorem calculi modus præſcribendus utique erat *in d. l. un.* Quam difficilem ſatis & intricatam materiam ſubſecuturis capitibus, pro temporis anguſtia ingeniique tenuitate tractandi animus eſt.

CAPUT I.

De Definitione Nominali.

SUMMARIA.

1. *Etymon vocabulorum erroris & calculi.*
2. *Homonymia.*
3. *Synonymia.*

§. I.

PRimo igitur, cum, prout Philoſophi paſſim & JCti *in l.* 1. *de reb. credit. l.* 1. *pr. de J. & J. & l.* 7. *pr. de ſupell. legat.* demonſtrant, ad cognitionem ipſius rei haud raro verborum ductu penetretur; non alienum erit videre & hic quid ὀνοματολογία nos doceat. Breves tamen ut ſimus conſiderationem erroris in genere lubenter hic omittimus; poteſt hac de re videri inter alios quamplurimos Struv. *in Syntagm. Juriſpr. Exerc.* 28. *th.* 50. *& ſeqq.* Meier. *in C. J. A. ad tit. de jur. & fact. ignor.* & præprimis Joh. Bapt. Coſta. *tr. de fact. ſcient. & ignor.* Etymon vocis calculi quod attinet à verbo calcare originem habere videtur, Gl. *ad l. un. C. de error. calcul. Lit. O.* aut eſt diminutivum à calx, Andr. Corvin. *in fonte Latinitat. ſub voce calculus*: quamvis alii, id ipſum primitivum aſſerant, qua in lite Grammatica diu nos fatigare ſuperſedemus, potius, evoluta prius Homonymia, impoſiti nominis rationem quam originationem inveſtigantes, monente Gœdd. *in l.* 164. *n.* 6. *de V. S.*

§. II.

§. II.

Homonymiam, ergo, matrem errorum fœcundissimam, quod attinet, calculus (1.) nativa sua vi lapillum significat. (2.) Medici hinc morbum appellitant calculum renum & vesicæ, quando grassi humores in generationem calculi transeunt, Andr. Corvin. *d. l.* Denotat etiam (3.) Einen Bretstein, oder Stein damit man im Brete oder Schach spielet, Joan. Fris. *in Diction. voce calculus.* Item (4.) opinionem, ut crebrior Doctorum calculus, & ita loquitur Wissenbach. *p.* 1. *D.* 57. *th.* 57. (5.) Einen Zahl-oder Rechen-Pfenning. Corv. *d. l.* (5.) Difficultatem, quemadmodum legi apud Plin. Secund. *Epist.* 19. *lib.* 2. *circa finem: omnes quos ego movi in utraque parte calculos, pone, idque elige, in quo vicerit ratio.* (7.) Per Metonymiam signi votum seu suffragium à veterum suffraganti modo, de quo Corv. *d. l.* (8.) Sententiam *l.* 14. *C. de judic.* ibique Gothofr. *in not. Lit. C. l.* 10. *C. de appell. l.* 4. *C. de auctor. præst. cap. per tuas.* 58. *extra, de appell.* adde de veteri Judicum sententiam per calculos ferendi more Rosin. *de antiq. Rom. lib.* 4. *cap.* 9. (9.) Examinationem causæ, *d. l.* 14. *C. de judic. ibique Gl. Lit. C.* (10.) Pecuniam seu rem calculo subjectam *l.* 6. §. *ult. de his qui not. infam. l.* 29. *de dol.* (11.) Computationem, ratiocinium sive positionem & subductionem rationis, quæ significatio hujus loci est, & habetur in *l. un. C. de error. calc. l.* 1. §. 4. *de sentent. quæ sin. appell. l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir. & ux. l.* 8. *deposit.* Ratio autem denominationis sumta est à causa instrumentali, quod veteres Zyphrarum Arithmeticarum imperiti calculis seu lapillis uterentur, sicuti nos adhuc hodie nummulis nummulariis die Zahl-oder Rechen-Pfennige.

§. III.

Quoad Synonymiam cum calculo hic ejusdem significationis est ratio, ratiocinium, rationis positio, Ayrer. *ad l. un. C. de error. calc. n.* 16. item rationis dispunctio, expunctio, subductio ac computatio, Johann. Jacob. Wissenb. *Commentat. Cathedral. in Cod. ad d. l. un.* item pariatio *l. ult.* §. 3. *de condict. indeb.* ibique Gothofr. *in not. Lit. a.* & Struv. *Exerc.* 18. *th.* 42. Rationum tractatio, *l.* 21. *pr. de stat. lib.* quæ consistit non solum in rationibus ordinandis, sed etiam

in reliquo reddendo *d. l.* Græcis vocatur λογισμὸς, Germanice eine Rechnung: hinc calculator idem est qui Ratiocinator, Calvin. *in Lexic. Jur. voce Ratiocinator.*

CAP. II.

De Definitione reali & divisione.

SUMMARIA.

1. *Definitio.*
2. *Calculis an Zyphris computatum sit, nihil interest.*
3. *Error calculi excludit dolum.*
4. *Committitur vel in publicis vel in privatis ratiociniis.*
5. *Vel in arithmetica vel in jure.*
6. *Respicit vel plura vel unum negotium ejusve partem.*

§. I.

ERror calculi est opinio veritati contraria in computatione & positione rationum commissa.

§. II.

In *Cap. praeced.* cum dictum sit veteres in rationibus usos fuisse calculis lapillisve jam patet, calculi errorem vocandum esse, tum si calculis, tum si zyphris aliave ratione in computando erratur, wenn man sich verrechnet, add. Pacium *in Isag. ad l. un. C. de error. calc.*

§. III.

Non autem hic de dolosa sed erronea loquor calculatione: error calculi enim excludit dolum, inque dubio potius error quam dolus præsumitur. *l. 5. C. de his qui sib. adscrib. in testam.* Carpz. *prax. crim. p. 2. qu. 93. n. 7.* ideoque in computatione errans falsum non committit. *L. 23. de L. Cornel. de fals.* Carpz. *d. l. n. 8. & 9.*

§. IV.

§. IV.

Dividitur error calculi potiſſimum ab Objecto (1.) in errorem calculi commiſſum vel in publicis vel in privatis ratiociniis: quæ diviſio fundata eſt. *in Rubr C. ubi de ratiocin. tam publ. quam priv. ag. oport.* ille nempe error in publicis rationibus eſt, quando quis in computatione ratiocinii ex adminiſtratione publica reddendi errat: Hic quando in negotiis & adminiſtrationibus privatis computando erratur. Brunnem. *ad L. 1. C. d. t. jung. inf. cap. 4. theſ. 2. & ſeqq.*

§. V.

Dividitur (2.) quod committatur vel in Arithmetica, (quæ eſt ſcientia numeri bene computandi, Reyher, Gymnaſii Gothani Rector, Præceptor meus, *in Margar. Philoſ. cap. 4. theſ. 1. pag. 177.*) v. g. Si calculatores dicant: quatuor & quinque eſt undecim: vel in jure, quando nim. rationem reddens oneratur à calculatoribus aliqua particula (mit einer Poſt oder Summe) qua onerari de jure non debet & vice verſa, ſi non fuit oneratus particula jure ab ipſo debita; cujusmodi caſus omnes huc, ut rationes poſſint de novo fieri, revideri & retractari, pertineat, ſentiente ita Munnoz. de Eſcobar *de ratiocin. adminiſt. cap. 41. n. 6. & ſeqq. ibique alleg.*

§. VI.

Denique error calculi ex ipſa *l. un. C. de error. calc.* diſpeſcitur, quod ſit vel unius vel plurium negotiorum; d. l. un. verb. ſive ex uno contractu ſive ex pluribus emerſerit; & reſpicit tunc error vel totum negotium vel partem negotii: & hoc poſteriori caſu non in totum ſed in tantum quantum erratum eſt calculus retractatur, Munnoz. *d. cap. 41. n. 30.* jung. *infra Cap. 7. theſ. 13.*

CAP. III.

De Causa Efficiente.

SUMMARIA.

1. *Causa efficiens remota humana imbecillitas, propinqua erronea opinio.*
2. *Zyphrarum transpositio errorem calculi efficit.*

§. I.

CAusam efficientem duplicem constituto, remotam & propinquam: illa est humana imbecillitas ad errores oppido proclivis. *arg. l.* 2. §. *si quis.* 14. *C. de veter. jur. enucl.* scilicet errare humanum est, errandique facilitas cognata quasi est hominibus propter corruptæ naturæ fragilitatem, facit Munnoz. *d. tr. cap.* 32. Hæc est erronea circa computationem opinio, considerando nimirum errorem calculi præcise & in se; alias cum error in objectum non inducatur nec committatur, nisi per actionem, positionem scilicet erroneæ computationis; actiones autem sint suppositorum, hoc respectu dici etiam potest, ejus causam efficientem esse ipsum errantem erronee calculum ponentem. Præsupponit autem error scientiam sive opinionem, sed veritati contrariam, ignorantia omnem scientiam excludente. Exemplo res fiet clarior: Sempronius Mevio pecuniæ summam debet ex pluribus causis, puta ex causa emtionis quadraginta, ex causa conductionis viginti quinque, ex causa mutui quindecim, ex causa permutationis decem, & sic summatim nonaginta; Mevius ita computat: quadraginta viginti quinque quindecim & decem faciunt centum, perque hanc erroneam computationem Sempronius illa centum solvit Mevio: Quæritur, an Sempronio liceat computationem istam retractare, deque novo calculum ponere? & respondetur quod sic: ratio in promptu est, quia error veritati nullum præjudicium afferre debet *per l.* 6. §. 1. *de offic. Præsid l.* 6. *pr. ad Municipal.* Neque etiam obstat *cap. quod semel.* 21. *d. R. I. in* 6. quod vult, illud, quod semel placue-

placuerit, amplius displicere non posse: Respondetur enim, quod id non placuerit, cum error excludat consensum *l.* 15. *de jurisdict. l.* 57. *de O. & A. l.* 1. *pr. de judic. l.* 116. *§. fin. de R. I.* & voluntatem *l.* 20. *de aqu. & aq. pluv. arcend.*

§. II.

Præterea si quis circa ipsam zyphrarum positionem errat figurasve Arithmeticas præpostero & inverso ordine transscribit v. g. pro 87. ponit 78. illud ipsum quoque errorem calculi efficere puto, ex hac ratione, quia propter ejusmodi præposteram scriptionem in calculi subductione necessario aut major aut minor, quam in rei veritate est, ponitur summa, eoque modo alter contrahentium non potest non gravari, & ita error calculi omnino committitur.

CAP. IV.

De Materia in qua seu subjecto.

SUMMARIA.

1. *Arcana si pluribus patefiunt omnia minus legitime fieri creduntur.*
2. *Administratores ad rationes reddendas tenentur.*
3. *Quando sint reddendæ?*
4. *Quinam sint publici administratores.*
5. *Quinam privati.*
6. *Errorem calculi quinam committere possint.*
7. *Tam masculi quam fœminæ.*

§. I.

Ea fere Principatus est conditio, ut si pluribus arcana patefiant ratione legitima omnia minus geri credantur; hinc graviter Cornel. Tacit. *lib.* 1. *cap.* 6. *Annal.* dicit: eam esse conditionem imperandi, ut non aliter constet ratio, quam si uni reddatur, utut Vertra-

nius in notis, ad Corn. Tac. *d. l.* putet, sensum Taciti esse in planiore loco, si quis ita legeret, non aliter rata constet, i.e. subsistat imperandi conditio, quam si uni reddatur, & mortuo Augusto ad Tiberium perveniat.

§. II.

Administratores autem rerum tam publicarum quam privatarum ad rationes reddendas tenentur, & illi eo magis, quod ex eorum administratione periculum majus & ad plures redundare soleat, fac. *l. 4. l. 32. C. de Episcop. & Cleric. Nov.* 123. *cap.* 23. *l.* 14. *C. de administr. tut. l.* 23. *de liber. legat. l.* 2. §. 2. *de admin. rer. ad civ. pertinent. Clem.* 2. §. *ut autem. de religios. domib.* Wesenbec. *cons.* 61. add. omnino Munnoz. *d. tr. cap.* 3. *per tot.* nihil enim, teste Heresbach. *de Republ. Christ. admin. c.* 9. *pag.* 253. æque Principum facultates extenuat, quam rationum reddendarum neglectus: Et in toto officio Quæstorio rationes reddere omnium difficillimum est, das Amt wäre wohl gut, sagte jener / wann nur Rechnung thun nicht wäre. Experientia autem, (quæ secundum Waremund. ab Erenberg sive Everhard. à Weyhe *quietiam Durum de Pascalo se vocat*, *Protheus enim in nomine est*, Stultorum Magister ac pœnitentiæ comes dicitur, *in præfat. de fæder.*) satis testatur, quod Administratores haud raro sibi suisque consulant remque familiarem reddant pinguiorem.

§. III.

Sic quivis tutor aut curator de jure civili finita tutela curave. *l.* 14. *C. de administr. tutor.* sed juxta jus canonicum & ordinat. Polit. singulis annis etiam non requisitus ad rationum (in loco administrationis. *l.* 1. *&* 2. *C. ubi de ratiocin. tam public. quam priv. ag. Decis. Elect. Sax.* 36.) redditionem tenetur, vid. *Clement. quia contingit.* 2. *vers. illi etiam. ibi: ad instar tutorum & curatorum. de relig. domib. ut Episcop. sint subj.* Reformat. Polit. Francofurt. de Anno 1577. *tit.* 32. §. *Item daß er*, *vers.* und jährlich nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst gebührliche Rechenschafft anbieten und thun. Quibuscum congruit Jus Saxonicum prout est textus im Land-Recht. *lib.* 1. *art.* 23. *&* 33. Ordinatіon. Eccles. Saxon. *artic. gener.* 35. *pr.* ibi:

dasselb

dasselbige auch jährlich verrechnen, quæ habetur in Corpor. Sax. *part.* 2. *fol.* 232. & Synodal. Decret. de Anno 1624. §. Damit nun aber auch dißfalls ꝛc. quod invenitur in Corpor. Saxon. *part.* 2. *fol.* 323. Fach. *differ.* 17. & Carpzov. *part.* 2. *c.* 21. *def.* 1. idque de quovis tutore tam testamentario quam legitimo & dativo intelligendum per dict. Ordin. Polit. §. daß ein jeglicher, ibi: er sey gleich Testamentsweise verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben. Excipitur tamen is, qui simul heres proximus pupillo existit, talis enim finita demum tutela rationum redditioni obnoxius est, per d. *Artic.* 23. *lib.* 1. Land-Recht. Carpzov. *d. l. def.* 3. Richter. *decis.* 13. *n.* 23. adde de Matre Tutrice Decis. Elect. Sax. 21. Ratio discessionis horum jurium à jure communi Justinianeo hæc forsan dari posset haud incongrua, quod hoc modo fraudi & negligentiæ Tutoris, si qua adhibita fuisset, maturius possit occurri & sic jactura recens redintegrari. arg. *l.* 4. *C. de susceptor. Præpos. Lib. X.* Præterea hæc cura vigil calcar addit industriæ fideique curatoris, si non finita demum tutela, sed quotannis cogitur triste illud audire nuncium: Redde rationem, add. Conrad. Rittershus. hujus Academiæ quondam Professorem. *in Nov. part.* 8. *cap.* 9. *n.* 8. Sic memini quod nuperrime adhuc in augustissimo, quod Spiræ floret, Areopago Tutoribus & Curatoribus Cameralium sub pœna trium marcarum argenti rationum redditio sit injuncta ex Mandato Senat. Tutelar. ut habet Decretum Cameræ de anno 1664. d. 22. Jan. Faciunt, autem, quod obiter hic moneo, marcam argenti octo vallenses, Roding. *Pand. Camer. adauct. lib.* 2. *tit.* 10. *pag.* 451.

§. IV.

Paucis hic tangendum, quinam præcipue sint publici administratores, quinam privati: Publici sunt I. in specie dicti Administratores Reipublicæ *per l.* 2. *ad Municip.* utputa (1.) Magistratus *l.* 6. *de admin. rer. ad civit. pertin.* idque patet ex officio Quæstorum, vid. *l.* 2. §. 22. *de O. J.* & Præfectorum urbi *l.* 2. §. 2. & 4. *de admin. rer. ad civit. pertin.* junct. *l.* 1. § 11. *de offic. Præf. urb.* & *l.* 1. *C. eod.* (2.) Alii Principis Officiales & Rationales, vid. *l.* 4. *C. de Episcop.* & *Cler.* & Calvin. Lexic. Jurid. *voce Rationalis.* Huc hodie numerandi sunt omnes, qui rebus Principum administrandis sunt propositi, Rent-

meister.

meister, Amtleut, Schösser, Steuer-Accis-Zoll-und Zehend-Einnehmere, &c. II. Administratores rerum Ecclesiasticarum, ut apud nos sunt hodie cuncti orphanotrophiorum templorumque Præfecti proventibus curandis constituti, die Kirch-Väter, item der Kirchen, Schulen, Hospitalien, Armen-und und Wäisen-Häuser Vorstehere, vid. Reform. Polit. de anno 1548. tit. von der Pupillen und Minderjährigen Tutorn, ibi: und dieweil mit den Kirchen-Renthen, add. Carpzov. *Jurispr. Consist. lib.* 2. *tit.* 20. *def.* 314. Hasce redituum Ecclesiasticorum rationes, Kirchen-Rechnungen, non ad jus Patronatus sed Episcopale spectare & propterea errare Patronos competentem cujusque loci Superintendentem ad earum à Præfectis ærarii Ecclesiastici exactionem admittere nolentes, recte sentit Finckelthus. *de jur. Patron. cap.* 2. *n.* 25. & ex eo Carpz. *d. l. def.* 316. *per ibi alleg. ord. Eccles. Sax. & Synod. Decret.*

§. V.

Ex privatis administratoribus est (1.) Servus Domini negotia curans. *l.* 82. *de cond. & dem. l.* 9. §. 6. *de pecul.* (2.) Socius & administrator communium bonorum. *l.* 9. *pr. de edend.* (3.) Procurator sive ad lites sive ad cætera negotia, datus, textus est expressus *in l.* 46. §. 4. *de Procurator.* (4.) Sequester, Clud. de sequestrat. *cap.* 11. *n.* 29. 30. (5.) Negotiorum gestor. *l.* 2 *de neg. gest.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.* (6.) Tutores & Curatores, vid. *supra th.* 3. *h. cap.* Sed quæritur an etiam Tutor & Curator Electoralis ad redditionem rationis sit obligatus? & affirm. *arg. A. B. cap.* 7. §. *ea tamen conditione verb. quam dum attigerit.* ubi expresse sancitum, ut tutela hac finita (quod fit in Electoribus anno 18. completo A. B. *d. l.* add. Myler. *de Princip. & Statib. Imp. cap.* 29. *th.* 14. & 15. *ibique alleg. Dd.*) Tutor Electori jus, vocem & potestatem, omniaque hinc dependentia, totaliter cum officio protinus teneatur assignare; hæc autem omnia absque rationum redditione commode fieri nequeunt, cumque omnes tutores ad eam secundum dicta *th.* 3. *h. cap.* sint adstricti, cur hic excipiendus nec rationem nec jus video: at in casu expresse non excepto jus commune tenendum, ut taceam, ob publicam imperii utilitatem, quam præter ipsius Electoris personam hæc tutela concernit, eo accura-

curatiorem administrationem & inde fluentem rationum redditionem esse exigendam.

§. VI.

Errorem ergo calculi committere possunt personæ negotium aliquod gerentes & administrantes res tum privatas cum publicas (etiam Judices in sententionando, vid. *inf. Cap. 5. th. 3.*) in quibus sæpe non in idem sed in diversa rapiuntur, erroremque non quidem intentionaliter sed accidentalitar incidunt, quatenus nimirum error incertum habet pro certo, falsum pro vero.

§. VII.

Idque tam in masculis quam fœminis fieri potest, quandoquidem & hæ nonnunquam sunt habiles ad curanda aliena negotia, & exinde conveniri quoque possunt. *l. 3. §. 1. negot. gest.* Sic mater & avia, modo in judicio renuncient secundis nuptiis & SCto Vellejano, potest esse tutrix liberorum suorum. *Nov. 94. cap. 2. Nov. 118. cap. 5. & auth. matr. & aviæ. C. quand. mul. offic. tutel. fung.* add. omnino *noviss. Decis. Elect. Sax. 21.* & Struv. *Exerc. 31. th. 26.* Extraordinaria tamen & irregularis mulierum tutela esse videtur propterea, quod tutela regulariter sit munus publicum & virile *pr. I. de excusat. tutor. l. 16. de tutel.* à quo removendæ fœminæ *l. 2. de R. I.* illiusque susceptio alias necessaria. *l. 10. C. de negot. gest.* liberæ matris aviæque voluntati relinquatur. *d. auth. verb. permittimus.* & Struv. *d. l. verb. si velit.*

CAPUT V.

De Objecto.

SUMMARIA.

1. *Error in genere varie committi potest.*
2. *Error calculi in ipsa computationis subductione ratione cujuslibet negotii facienda consistit.*
3. *Contra sententiam per errorem computationis latam non opus est appellatione.*

§. I.

EXcusso subjecto ordine nunc succedit objectum: & committi potest error in genere multis modis & varie, aliquando in re, corpore, sexu, nomine, syllaba, quantitate, qualitate, conditione, &c. vid. *l.* 71. §. 8. *de acquir. hered. l.* 4. *de legat.* 1. *l.* 11. *de contrah. emt. l.* 9. *eod. l.* 54. *de manum. testam.* add. Calvin. Lexic. Jur. *voce: Error.* & Vinn. in Comment. *ad Inst.* §. 22. *de inutil. stipul. n.* 1. & 2.

II.

Ast error calculi quamvis committi possit in quolibet negotio, objective tamen & magis specifice in ipsa computationis subductione ratione cujuslibet actus seu negotii facienda consistit, hinc notanter dicitur *in d. l. un. C. de error. calcul.* sive ex uno contractu sive ex pluribus emerserit; ubi probe tenendum vocabulum contractus *in d. l.* sumi non restrictive seu exclusive quasi alios actus & negotia excludat: sed saltem exemplificative, cum error calculi ex variis causarum generibus, quorum occasione computatio instituenda est, possit emergere; & in iisdem, ob paritatem rationis; ne scil. error præjudicet veritati, perinde ut in contractibus sit corrigendus & retrahendus: aut posset etiam brevius dici, vocabulum contractus ibi sumi late pro quacunque conventione aut negotio, quod inter aliquos geritur, ut *in l.* 20. *ff. de jud.* & *l.* 17. *C. de fid. instrum.*

III.

Quapropter etiam in sententia error calculi committitur, v. g. Cajus debet Mevio 70. Joachimicos ex causa emtionis, & 20 ex causa conductionis; Judex ita pronunciat: cum constet Cajum Mevio ex emtione 70. ex conductione 20. debere, idcirco Cajum Mevio condemno centum, quæritur quid juris? & respondetur *ex l.* 1. §. 1. *quæ sentent. sin. appellat. rescind.* quoniam sententia per errorem computationis lata est, quod satis ex ipsius tenore patet, nec appellare necesse est, sed mediante remedio nullitatis sententia declaratur nulla: neque hic aliquam differentiam esse puto inter errorem in ipsa sententia expressum, & non expressum, ubi tamen sententia se refert

ad

ad acta, in quibus error expresse continetur, v. g. sententia refert se ad certam liquidationem in actis, quæ liquidatio laborat errore calculi; vel etiam in ipsa relatione ad acta est error, v. g. Judex ita pronunciat: Titius solvat Raynutio 40. Rhenanos in actis fol. 24. sub signo ☉. liquidatos, cum tamen illa ipsa liquidatio, ad quam Judex sese refert, comprehendat saltem 30. Rhenanos: relatum enim semper est in referente *l.* 77. *de hered. Instit. l.* 59. *de re judic.* add. *l.* 18. *ff. comm. divid.* ibique Gothofr. *in not. lit. m. l. fin. C. de fideic. libert. l.* 5. §. 1. *de re judic.* Jacob. Bouric. *tr. de offic. Advocat. cap.* 31. *pag. m.* 243. *& seq.* Carpz. *in Proc. tit.* 19. *art.* 3. *n.* 2. Berlich. *part.* 1. *concl.* 47. *n.* 33. jung. infr. *Cap.* 6. *th.* 10. *& cap.* 7. *th.* 10. Cæterum Hahn. *in Observ. ad Wesenbec. tit. quæ sent. sine app. resc.* bene monet: quod interdum rescindi dicantur sententiæ, quæ ipso jure nullæ, abusive scilicet, rectius autem dici, quod nullæ declarentur instituto remedio nullitatis: ita tamen Jurisconsulti nonnunquam loquuntur, & rescindi, infirmative quid dicunt, quod ipso jure nullum est, id quod observavi *in l.* 5. *C. de rescind vendit. & l.* 1. §. 1. *ff. de fer.* conf. *tit. quæ sent. sin. appell.* Sic vice versa id nullius momenti dicitur, quod mediante restitutione in integrum rescinditur. *l.* 22. *quod met. caus.* add. *l.* 1. *C. de rescind. vend.* facit Roding. *in* ☞. *Cameral. adauctis lib.* 1. *tit.* 7. *p.* 78.

CAPUT VI.

De Forma.

SUMMARIA.

1. *Forma est ipsa erronea rationis positio.*
2. *Quando hæc fieri possit.*
3. *Quomodo rationes rite sint reddendæ, remissive.*
4. *Requisita enumerantur sex.*
5. *Reddendæ secundum judicis arbitrium.*
6. *Calculus legitime ductus difficilius retractatur.*
6. *Errorem afferenti incumbit probatio.*

7. *De errore calculi in sententia remissive.*
8. *Ut calculus revideri possit error in specie allegandus.*
9. *Quando probatus dicatur istiusmodi error.*
10. *Calculatores num juramento adstringendi?*
11. *Revisio calculi quando locum habeat.*

§. I.

JAm ad formam: est ea ipsa erronea rationis positio: quando enim calculator opinionem veritati contrariam animo conceptam jam ipso facto promit, & applicat ad objectum, eo ipso error calculi tanquam per suum formale efficitur & producitur.

II.

Id quod fieri potest non tantum quando in ipsis zyphris & numeris Arithmeticis erratur, putando bis octodecim facere 38. sed etiam dum in computatione & subductione omittenda adduntur aut addenda omittuntur, nimirum si quædam portio seu particula jam calculata prorsus omittitur & ita erronee, ut ita loquar, summatur. Exemplum prioris casus suppeditavi supra *Cap.* 3. *th.* 1. posterioris hic ponam: Sunt in uno ratiocinii latere quinque particulæ (5. Posten) prima continet 20. Imperiales, secunda 10. tertia 30. quarta 15. quinta 25. Calculus initur hoc modo: 25. zu 15. thut 40. 30. darzu thut 70. 10. zu 70. thut 80. 20. zu 80. thut 100. 30. darzu macht 130. & ita particulam illam 30. thalerorum bis calculando summa lateris evadit in 130. quæ, si computatio recte inita, & omittenda non fuissent addita, in rei veritate saltem facit 100.

III.

In quibus autem & quomodo rationes rite & legitime sint reddendæ, illa quæstio nec mei instituti nec hujus loci est, sed in aliud thema transire videtur. Prolixam hujus rei tractationem desiderans potest adire tractatum prægnantissimum Munnoz. de Escob. *de ratiocin. admin. & computat. var. al.* Non vero & hic prorsus ero [illegible], paucis tamen me expediturus.

§. IV.

IV.

Scilicet ad rite reddendam rationem sex præcise requirit Munnoz. *cap.* 2. *n.* 10. (1.) Editionem libri rationum legitime & secundum loci consuetudinem confecti, uti de Tutore legitur *in l.* 1. §. 3. ibique Br. *ff. de tutel. & ration. distrah.* Schurff. *consil.* 65. *n.* 7. Hic nota bene, longe differre reddere & edere rationem, illudque plura comprehendere quam hoc, vid. Munnoz. *d. l. n.* 7. (2.) Calculi positionem dependentem ex datorum & acceptorum computatione *l.* 6. §. 3. *de edendo. l.* 56. *pr. de V. S.* (3.) Reliquorum solutionem, rationem enim reddere nihil aliud est quam reliqua solvere. *l.* 32. *de condit. & dem.* (4.) Moræ purgationem: nam qui nulla difficultate impeditus, cum potuit, cessat reliqua restituere ac solvere, moram committit, *l.* 3. §. 4. *de action. emt.* ibique Gothofr. *lit. K.* Struv. *Exerc.* 27. *th.* 65. *& seqq.* (5.) Præsentiam ejus, cujus interest: debet enim ratio cum legitimo contradictore calculari, cum res inter alios acta aliis neque obesse neque prodesse possit. *Rubr. C. res inter al. act.* Et (6.) Præstationem coram competenti Judice & in loco administrationis. *l.* 2. *C. ubi de ratiocin. tam publ. quam priv.* quæ lex ipsa rationem satis prægnantem exprimit, quia scilicet ibi sufficiens rei instructio & nota testimonia veraque documenta possunt præstari, idque & in terris Electoratus Saxonici indubitatum est *per Decis. Sax. Elect.* 36. Fallit tamen nec semper in loco administrationis ratio reddenda est, in iis casibus, qui propter loci vel personæ circumstantiam hanc juris dispositionem impediunt per *L. pen.* §. *fin. de cond. & dem.* De Gallorum, Batavorum aliorumque moribus contrariis vid. Wissenb. *in C. ad tit. ubi de ratiocin.* & Perez. *ibid. n.* 2.

V.

Ast saniori ratione Judicis arbitrio hoc, ut rite ratio reddatur, committi putat Montanus *de jur. tut. c.* 38. *n.* 12. Quod ipse Munnoz alias huic sententiæ contrarius haud obscure innuere videtur, dum *ex Rota Genuensi decis.* 141. *n.* 1. asserit, in materia reddendæ rationis consuetudinem loci, ubi administratio gesta, esse servandam, & Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 253. *n.* 9. dicit: rationem esse reddendam secundum arbitrium boni viri.

VI.

Jam si observatis secundum cujusque loci consuetudinem observandis nihilominus error calculi sit commissus, adhuc potest illa ratio retractari & revideri, Munnoz. *cap.* 41. *n.* 30. omnino tamen fatendum est pro ejusmodi calculo tam caute ducto majorem & fortiorem quam alias militare præsumtionem.

VII.

Cum autem pro semel computatis rationibus pugnet præsumtio juris, quod rectæ dispunctæ sint, quæ præsumtio hic fundat se in regula: Quod naturalia (h.e. quæ vel natura vel lege requiruntur, Struv. *Exerc.* 28. *th.* 18.) semper præsumantur adesse, ideo errorem asserenti incumbit probatio, per vulgat: Et ita percepi respondisse Facultatem Juridicam Lipsiensem Anno 1594. d. 18. Dec. versus Nammelburg, in Sachen Johann Happach contra Hennings von Bortfeld Wittibe.

VIII.

Cæterum quomodo etiam in sententia error calculi committi possit, illud patet *ex Cap. præc. th.* 3.

IX.

Ad hoc vero ut calculus ex causa erroris ad partis petitionem revideri possit, ante omnia constare debet Judici, ubi & quomodo in illo erratum sit, allegatis scilicet erroribus in specie, cum generalis allegatio & narratio hic non sufficiat. Munnoz. *d. l. n.* 28. *ibique copiose alleg. Dd.*

X.

Probatus autem dicitur istiusmodi error, quando ex nova calculi subductione dilucide constat, rem aliter sese habere & in computando erratum esse, seu omittenda fuisse addita aut addenda omissa: quæ nova rationis subductio fieri debet adhibitis calculatoribus seu peritis in arte à Judice vel parte electis, Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.*

concl. 235. *n.* 5. *& seqq. ibique copiose alleg. Dd.* Consentit Churfürstl. Sächsis. Proceß- und Gerichts-Ordnung tit. von Beweisung durch Augenschein und Rechnung, 28. ibi: mag man sonderliche Calculatores verordnen, ꝛc. add omnino Socin. *vol.* 4. *consf.* 92. *n.* 12. ubi plures errorem hunc probandi modos recenset. Et hanc probationem admittendam esse quovis tempore, etiam post conclusionem in causa, imo post rem judicatam in ipso executionis actu ad eam impediendam statuit Berlich. *concl.* 47. *n.* 39. quia hæc comparetur probationi per ocularem inspectionem quæ omnium optima & superlativa inque ipsa executione opponi possit, id. *d. l. n.* 14. *&* 32. & à Judice supplenda sit, *Ord. Proc. Sax. tit. verb.* Soll man, wann es gleich von den Partheyen nicht gesucht wird, aus Richterlichem Amte die Verordnung thun, ꝛc. jung. omnino *Cap.* 7. *th.* 14. *inf.*

XI.

Præterea calculatores, nisi partium voluntate assumti sint, juramento esse adstringendos: quemadmodum periti rerum æstimatores similiter jurare ante æstimationem cogantur, arbitratur Petr. Heig. *part.* 1. *qu.* 20. *n.* 20.

XII.

Denique quod de Revisione calculi jam dictum id notabiliter limitatur, quod tunc demum locum habeat, si petens certet non de lucro captando, sed ut ipse solum servetur indemnis, *arg. l.* 22. *pr. l.* 32. §. 1. *de condict. indeb. l.* 8. *pr. de act. emt.* Carpz. *p.* 2. *c.* 28. *d.* 21. *n.* 5. add. Mantic. *de tac. & ambig. convent. lib.* 3. *tit.* 12. *n.* 60. Quamvis enim error seu ignorantia facti proprii, cum valde supina sit, regulariter prætendi nequeat. *l.* 3. *pr. de jur. & facti ignor. l. ult.* §. 1. *in fin. pro suo. l.* 25. *de adopt.* quibusdam tamen casibus & hæc aliquam propter memoriæ imbecillitatem meretur veniam, inprimis quando, uti modo dixi, non de lucro captando sed damno vitando certatur. *arg. dd. text.* quam sententiam expresse confirmat Cardin. Tusch. *concl. Pract. lit. E. concl.* 314. *n.* 15. Quod multo magis obtinet si factum proprium valde sit intricatum, v. g. calculus reddendarum rationum, quod Amadeus Eckolt, Professor in alma Lipsiensi, Præceptor meus, probe

Digitized by Google

probe monuit in lectionibus suis privatis ad Struvii Syntagm. *Exerc.* 18. *th. pen.* idque *arg. l.* 47. §. 1. *verb. rationem implicitam. ff. de pact.* & *l.* 7. ibi: *computatio difficilior. ff. d. confess.* add. Gail. *lib.* 2. *obs.* 18. *n.* 20.

CAPUT VII.

De Fine & Effectu.

SUMMARIA.

1. *Finis est correctio.*
2. *Quis petat, & coram quo instituatur.*
3. *Erroneus calculus non nocet.*
4. *Allegandus error in specie.*
5. *Ratio geminata non excludit erroris probationem.*
6. *Ut rationes dicantur sæpe computatæ, quotnam actus requirantur.*
7. *Error hic in secunda instantia potest deduci.*
8. *Non nocet error licet apocha in continenti secuta.*
9. *Nec transactione aut sententia interposita.*
10. *Quod tamen cum distinctione accipiendum.*
11. *Ad* 30. *annos error potest coargui.*
12. *Nec nocet judicialis confessio, calculum bene se habere.*
13. *Retractandus error in tantum quantum erratum fuit.*
14. *Error parit exceptionem contra eum qui errore promissum exigit.*
15. *Quam à parte omissam judex supplet.*
16. *Indebite per errorem solutum repetitur condictione indebiti.*
17. *Requisita condictionis remissive.*
18. *Datur etiam reductio ad arbitrium boni viri.*
19. *Et querela nullitatis.*
20. *Quæ consultius appellationi jungitur.*
21. *Et nisi insanabilis sit, intra decendium interponenda.*
22. *Privilegia de non appellando in hac querela non attendantur.*

§. 1.

§. I.

NUnc ad id, quod primum est in intentione & ultimum in executione finem scilicet erroris calculi, qui est ejus correctio & revisio: qui enim calculum ponit, expresse hoc agit, ut stet & satisfaciat isti computationi; sed tacite & hoc agit, quod si postmodum error appareat, illum velit revocare & corrigere *arg. l. 13. §. 2. in fin. commod.* sive enim quid promissum sive solutum fuerit, promittens vel solvens per calculi errorem tacite obligatum sibi illum habet, cui solvit vel promisit. *arg. §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. §. 6. Inst. de oblig. quæ qu. ex contr. nasc. l. 31. de cond. indeb.*

§. II.

Correctionem autem erroris calculi plerumque petitis, cujus interest errorem non fuisse commissum, ejusque heredes; nec refert an error sit commissus ab ipsis contrahentibus, sive à calculatoribus à partibus per modum compromissi, vel à Judice per Decretum constitutis; utroque enim casu boni viri arbitrio calculus commissus videtur. *l. 41. §. 4. de fideic. libert. l. 22. §. 1. de manum. testam.* Mascard. *de probat. vol. 1. concl 253. n. 12.* Et est illa calculi revisio instituenda coram eo Judice, qui elegit calculatores, vel de cujus mandato partes illos elegerunt. Br. *ad l. 2. C. de jur. fisci, Lib. 10.* Cardin. Tusch. *Lit. C. concl 4. n. 29.*

§. III.

Effectus cum fine hic fere coincidit, quod neque in foro Philosophico redolet aliquid absurdi, vid. Stahl. *in Reg. Philosoph. p. 1. D. 6. Reg. 4. th. 16.* neque in Juridico est infrequens, vid. Meier. *in C. A. ad tit. de condict. ind. th. 11. & tit. de cond. caus. dat. caus. non sec. th. 11.* Is est I. Quod erroneus calculus non noceat, sed retractari possit *per l. un. C. de error. calc. l. 5. §. 15. ff. de donat. inter vir. & ux. ibique Dd.* respectus enim magis habendus ad id, quod in veritate agitur, quam quod per errorem exprimitur: ne gerenti gestum per errorem noceat, quod abhorret. *l. 15. de jurisd. & l. 6. §. 1. de offic. Præsid.* quam regulam quidem de actu saltem licito & honesto accipit, & ideo errorem in persona hominis occisi commissum non liberare occisorem à

pœna ordinaria statuit nonnemo de Jurisprudentia nostra haud vulgariter meritus. Verum, ignoscet mihi veneranda magnifilius viri authoritas, haud perpetua esse videtur dicta limitatio ejusque in homicidio exemplificatio; cum & in adulterio actu satis illicito & inhonesto, error & ignorantia si nimirum concumbens cum alterius uxore nesciat illam esse conjugatam eamque pro soluta cognoscat, mitigationem pœnæ faciat, & adultero, ut tali, non noceat, teste Carpz. *pract. crim. p. 2. qu. 61. n. 42. & seqq. per ibi alleg.* imo etiam in parricidio errorem personæ, quando quis, volens percutere Mævium, percutit & occidit Titium parentem suum, excusare à pœna ordinaria laudatus Carpz. *d. l. p.* 1. *q.* 18. *n.* 14. confirmat. Quod autem verum committatur homicidium & pœna ordinaria locum inveniat licet in persona fuerit erratum, illius proxima, concludens & adæquata ratio non est actus illicitus seu inhonestus, sed occisio hominis dolosa, utpote materiale & formale homicidii continens: neque enim habetur hic respectus ad hoc vel illud individuum; quod egregie illustrat Molina *de J. & J. t.* 3. *D.* 36. quia, inquiens, pœna homicidii est pro interfectione hominis dolosa; non vero pro interfectione hujus determinati in singulari, atque id homicidium vere in ratione homicidii dolosum sit, licet careat dolo quatenus terminatur in individuo, pœnam merebitur dolosi.

§. IV.

Ut autem rationes ex causa erroris revideri possint, prius certior est reddendus Judex, in quonam erratum, allegato errore in specie non in genere, vid. *Cap. præced. 6. th.* 7. 8. & 9.

§. V.

Quod dixi erroneam calculi computationem posse retractari, illud ampliatur Primo etiam in ratione geminata & reiterata *d. l. un. C. de error. calc. verbo : sæpe. ibique Gl. & Bl.* Rationem Dd. *ex l.* 11. *§.* 1. *de interrog. in jur. fac.* colligunt hanc, quod etiam in deliberando quis possit errare, add. post alios Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. *n.* 63. Non obstat (1.) *cap. quod semel.* 21. *de R. I. in* 6. ad quod respondi supra *Cap.* 3. *th.* 1. *circ. fin.* Neque (2.) obstat, quod reiteratio excludat præsumtionem

tionem præsupponatque deliberationem *per. l. 22. C. ad SCtum Vellejan.* R. enim concedendo quidem, quod reiteratio excludat erroris præsumtionem, hoc ipsum siquidem fassus sum de semel inita ratione *supra Cap. 6. th. 7.* non tamen inde sequitur, quod etiam excludat probationem, qua rem se habere aliter & in computando fuisse aberratum constat: tunc enim eodem errore facta censetur reiteratio, quo ipsa prior computatio. add. *l. 6. §. fin. de edendo.* Heig. *p. 1. qu. 20. n. 36.* Aliter respondet Sichard. *ad C. in d. l. un. n. 4.*

§. VI.

Cum in adducta *L. un. C. de error. calc.* dictum sit, rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse, haud frustra quæritur, in quot actibus illa dictio *sæpe* verificetur, & quamvis nonnulli duos requirant actus *per text. in l. fin. juncta Rubr. C. si sæpe in integ. rest. post. & l. 29. §. 4. ad L. Jul. de adult.* quidam tres aut quatuor, uti ex Socin. & Jason. refert Ayrer. *ad L. un. C. de error. calc. n. 143. & 144.* tamen, cum ex specialibus exemplis non sit facienda regula, puto illud in hac nostra materia Judicis arbitrio esse relinquendum; non determinata enim à jure omnia sunt arbitraria Judici. *arg. l. 1. §. f. ff. de jur. delib.* Tusch. *lit. A. concl. 471. n. 4.*

§. VII.

Secundo ampliatur (vid. *th. 5. h. Cap.*) ut hic error etiam in secunda instantia possit allegari & deduci, nec refert, utrum in prima instantia jam sit deductus nec ne, Jason. *in d. l. un. n. 2. & 4.* add. Berlich. *p. 1. concl. 51.* & late Hartm. Pistor. *lib. 4. qu. 23. incip. appellationis interposita. n. 1. & seqq. per tot.* quia in instantia appellationis non deducta possunt deduci non probata probari per famosissimam *l. 4. C. de tempor. & repar. appell.* notabiliter, salutari Imperatoris & Statuum Imp. consilio, ob litigandi libidinem & appellantium temeritatem, restrictam *in R. I. de Anno* 1654. §. zumahlen aber jederzeit 113. ibi: Soll das Juramentum calumniæ de non frivole appellando im ersten Termino mit Vorzeigung eines Special-Gewalts, so wohl deß Advocatens, welcher in der Appellations-Sache dienet, als deß Principalen selbsten und zwar sub pœna desertionis abgelegt, dabenebens auch beyden im Appellati-

Digitized by Google

ons-Eydt diese versicherte Clausul eingerückt, und der Appellant deß Fugs oder Unfugs Rechtens dahin erinnert werden, daß er von seinem neuen Einbringen novorum deducendorum, so ihme bereits bey Ablegung deß Eydes vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchte, in erster Instantz keine Wissenschafft gehabt, oder dieselbe damalen einzubringen nicht vermöcht, oder für undienlich und unnöthig geachtet, nunmehro aber dafür halte, daß die ihme zu Erhaltung Rechtens dienlich sey, &c. addatur commune Decret. de anno 1659. d. 13. Decembr. §. 3. verb. ohnerwartet einiger Interlocutori alsobalden würcklich ablegen; idque hodie suprema illa curia servat strictissime.

§. VIII.

Tertio ampliatur primus effectus etiamsi Apocha seu quietatio in continenti fuerit subsecuta: ratio hæc est, quia ejusmodi quietatio eodem errore facta censetur, quo ipsa computatio; Brunnemann. & Sichard. *ad d. l. un. C. de error. calc. per l. 19. verf. diversum. ff. de novat.* add. *l. fin. C. de nonnum. pec.* Ayrer. *ad d. l. un. n.* 34. *&* 35. *ibique alleg. Dd.* omnia autem in totum, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt, est *l.* 76. *de R. I.*

§. IX.

Quarto extenditur etiamsi transactio cum errore interposita aut sententia per errorem calculi lata sit, hæc enim secundum *supra th. fin. Cap.* 5. dicta ipso jure nulla est.

§. X.

Et quamvis circa hoc caput omnis fere Doctorum chorus valde sit obscurus, remque magis confuse implicet, quam plane explicet, & propterea in diversos abeat calculos, tamen eorum dissensiones concordi distinctionis fœdere ad amicabilem compositionem redigi bene possunt, si adhibeatur distinctio quam suppeditat Perez *in C. ad d. l. un. n.* 2. Scilicet aliud esse transigere & judicare per errorem seu, quod perinde est, cum vel ex errore; aliud de sive super errore: Illa transactio vel sententia juxta ea quæ *Cap.* 5. *th. f.* adduximus, non valet, adeo ut appellatione à tali sententia non sit opus. *l.* 1. §. 1. *quæ sent. sine appell.*

appell. resc. Hæc autem valet & ab Impp. Diocletiano & Maximiano probatur *in d. L. un.* add. *l. 2. C. de re jud.* Ratio differentiæ patet, quia illic error est in ipsa transactione & sententia adeoque impedit consensum i. e. causam, ergo & effectum, h. e. transactionem & rem judicatam: Hic secus cum super errore calculi nondum comperto & liquido rationumque perplexitate tanquam re dubia amicabiliter tractatur resque sopitur; ut taceam ipsam vocabulorum vim nativam hanc differentiam satis exprimere.

§. XI.

Sequitur quinta ampliatio, ut etiam usque ad 30. annos error calculi possit coargui, vid. *Cap. seq. §. th. 6.*

§. XII.

Et tandem sexta, scil. errorem calculi posse revocari, quamvis quis calculum bene se habere etiam judicialiter confessus fuerit, non enim fatetur qui errat in facto. *l. 2. ff. de confess.* ibique Wissenb. *th. 17.* Standum siquidem confessioni propriæ tum demum, quando legitime facta est, ad quod requiritur, ut confessus sit majorennis, sanæ mentis, causæ Dominus, & contra se in judicio adversario ejusve Procuratore præsente, in foro competenti, sponte non errore inductus veritatem rei vel negotium confiteatur, secundum versus Hostiens. *in summ. de confess. §. qualiter. n. 1.*

Major, sponte, sciens, Dominus, pars, lis, sed & in se
Confessus certum, compos, præ Judice, jure
Damnatur, nisi lex favor aut natura repugnet.

vid. *c. 4. extr. de judic. l. 6. pr. §. 1. 3. 4. & 5. ff. de confess.* Carpz. *Proc. tit. 13. art. 3. §. 1. & seqq.* Zœs. *in π. ad tit. de confess. n. 4. & seqq.*

§. XIII.

Cæterum in genere tenendum, errorem calculi non in totum sed in tantum quantum erratum fuit, posse retractari, non debet enim hic utile per inutile vitiari *cap. 37. de R. I. in 6.* Munnoz. *d. l. cap. 41.*

 n. 30.

n. 30. Sic si in diversis causis rationes initæ sint, error in una causa non facit, ut retractentur rationes ad alias causas spectantes, modo tamen sint dividuæ, Mantic. *de tac. & ambig. conv. lib.* 26. *tit.* 9. *n.* 44. *arg. l.* 41. *ff. famil. ercisc.* quod in consimili locum habet, si falsis instrumentis persuasus quis transegit, tunc enim retractari potest illa transactio in iis tantum capitibus, in quibus alter falsa instrumenta adhibuit, *per l. pen. C. de transaction.* conf. *l.* 34. *C. de donat. & l.* 33. *ff. mandat.*

§. XIV.

Hactenus de primo effectu, sequitur jam II. quod nimirum error calculi pariat exceptionem, quæ dirigitur contra eum, qui id quod errore calculi promissum est, exigit, *arg.* §. 1. *Inst. de Exception. ibique n.* 5. add. *t. t. de jur. & fact. ignor.* & hæc etiam paratam executionem, quam alias operaretur instrumentum calculationis conclusæ super redditione rationum (Berlich. *p.* 1. *concl.* 80. *n.* 72.) impedit, Munnoz. *cap.* 38. *n.* 11. Si enim creditore executionem petente debitor de calculo opponit & rite excipit, priusquam executio realiter fiat, calculus in ipso executionis actu expediri potest, & interim executio suspendi debet, ratio est, quia, quando de exceptione aliqua ex ipso instrumenti tenore apparet, Judex illam contra instrumentum quantumvis paratam executionem habens admittere tenetur: nam omni exceptione etiam prægnantibus verbis remota, nunquam tamen censetur exclusa illa, quæ ex ipsis instrumenti verbis descendit, Hartmann. Pistor. *observ.* 209. *n.* 19. *& seqq.* Confirmat hoc luculenter Serenissimus Elector Saxon. Joh. Georg. II. in Resolut. Gravam. tit. von Justitzien Sachen. §. Würde nun zum Vierdten, *etc.* verb. oder es hätte die vorgeschützte Exceptio ex natura Contractus ihren Ursprung, und wäre ex inspectione ipsius instrumenti alsobalden zu verificiren, auf solchen Fall hätte der Richter den Beklagten im angesetzten Termino damit in acht zu nehmen, und unterdessen mit der angesetzten Execution im Ruhe zu stehen, jung. *Cap.* 6. *th.* 10. *supra.*

§. XV.

Et hæc exceptio, si à parte non fuerit allegata, ex officio Judicis supplenda est. Hartmann. Pistor. *d. obs.* 209. *n.* 22. Rationem assignat

signat Munnoz. *d. cap.* 38. *n.* 11. quia in causis executivis non procedatur per viam actionis, sed magis implorato officio Judicis; unde cum error nascatur ex eodem instrumento, Judex ex officio poterit eum attendere, quod iterum confirmat expresse Churfürstl. Sächs. Proceß und Gerichts-Ordnung tit. von Beweisung durch Augenschein und Rechnung, 28. ibi: soll man, wann es gleich von den Partheyen nicht gesucht wird, aus Richterlichem Amt die Verordnung thun. Hinc facile est hariolari, quid sentiendum sit de clausula illa: *Salvo errore calculi*, in fine rationum addi solita, nimirum illam esse superfluam & otiosam, cum tacite etiam absque expressione insit.

§. XVI.

Effectus III. est condictio indebiti, qua quis repetit, quod alteri indebite per errorem solvit vel saltem se soluturum cavit seu promisit, *arg.* §. 1. *Inst. quib. mod re contrah. oblig.* §. 6. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. l.* 31. *de cond. indeb.* quo posteriori casu, si scil. tantum quid promissum, nihil autem solutum, datur etiam condictio liberationis. *l. un. C. de error. calc.* i.e. condictio ad liberationem à promissione seu obligatione consequendam, facit omnino Giphan. *ad d. l. un.*

§. XVII.

Quæ autem ad condictionem indebiti requirantur, de his vid. post alios Interpp. Struv. *Exerc.* 18. *th.* 31. *& seqq.* Franzk. in Commentar. *ad π. tit. de condict. indeb.* Andr. Clud. *tr. de condict. indeb.*

§. XVIII.

Nonnunquam datur etiam reductio ad arbitrium boni viri, quæ est à sententia arbitratoris, qui Germanice vocatur ein Scheidsmann, ad Judicem competentem seu ordinarium provocatio, Gail. *lib.* 1. *obs.* 149. *n.* 2. *&* 3. si nimirum ad rationum positionem & computationem libero partium, ut ita loquar, interessentium consensu certi arbitratores vel calculatores pro controversia citra judicii figuram ex æquo componenda eliguntur, cumque partes, licet personas certas denominent, non absolute in eas ut tales, sed ut viros bonos secundum

æquum

æquum arbitraturos, consentiunt. *l.* 76. *pro soc.* ideo si postmodum appareat iniquitas, locum habet reductio ad arbitrium boni viri i. e. ad Judicem ordinarium (qui vir bonus vocatur *in l.* 137. §. 2. *de V. O. l.* 18. *judic. solv.*) res deferenda est, ut arbitramentum illud propter erroneam calculi positionem inique dictum reducat & sua sententia rem dirimat, Gail. *d. l. obs.* 150. Roding. *π. Cam. adauct. l.* 1. *tit.* 35. *pag.* 405. *& seqq.* ubi etiam differentiæ arbitrorum & arbitratorum & quomodo hos non solum nominatio sed modus procedendi constituat, aliaque ad hanc materiam pertinentia erudite ex multis iisque sagacissimis rerum Cameralium indagatoribus Klockio, Gailio, Tilemanno de Benignis & Mynsingero docentur. Hoc tantum addo ex Gailio *lib.* 1 *obs.* 150. *n* 2. *&* 3. sententiam arbitratoris propter fatale decendii neglectum non transire in rem judicatam, sed reductionem usque ad 30. annos peti posse, quia jus petendi reductionem ad arbitrium boni viri sit personale ideoque spatium 30. annorum actionibus personalibus ordinarie præstitutum, & hic observandum juxta *l.* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. & l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.*

§. XIX.

Postremo sententia, in qua error calculi est commissus, instituta querela nullitatis declaratur nulla. *l.* 1. §. 1. *quæ sent. sin. appell. rescind. arg. l.* 2. *&* 4. *C. quand prov non est nec.* vid. *Cap.* 5. *th.* 3. *supra.* Potest autem hæc vel principaliter deduci vel incidenter cum iniquitate in appellationis causa cumulari: Principaliter deducitur seu intentatur, quando nihil de iniquitate aut appellatione, sed tantum sententiam esse nullam ejusque rescissionem peti, dicatur *O. C. part.* 3. *tit.* 34. §. Wo aber von Urtheilen nicht appelliret, *pen.* Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 63. & hoc casu nullitates supplicationi speciatim sunt inserendæ, alias in Camera, ut fert ille stylus, decernitur: Abgeschlagen, sondern wofern Supplicant nullitates in specie deduciren wird, soll darauf ergehen was recht ist, Gylmann. *voc. nullitas.* §. *super nullitate ut citatio. O. C. d. l.* §. *fin.* Incidenter deducitur nullitas, quando simul cum iniquitatis querela defertur, & appellans alternative aut super nullitate, aut, nullitate deficiente, super iniquitate sententiæ pronunciari petit, *O. C. d. l. in pr.* his fere formalibus: bittet im Rechten zu erkennen und auszusprechen.

sprechen, daß, wo nicht nichtig doch widerrechtlich geurtheilet sey; si principaliter, ita peti solet: Im Rechten zu erkennen und auszusprechen, das nichtig und widerrecht procediret und geurtheilet, D. Jacob. Blum. Advocatus Cameræ, *in Proc. Camer. tit.* 56. *th.* 13. *&* 14. quæ formalia laudatissimum Collegium Camerale in sententia haud ita pridem in causa d' Orville contra Porß, Appellationis lata, accurate observavit, ita pronunciando: Nichtiglich und widerrechtlich geurtheilet, überflüßig und wohl appelliret. jung. Carpz. *Proc. tit.* 6. *art.* 1. *num.* 96.

§. XX.

Pinguius autem consulitur provocanti, ut nullitatem incidenter instituat & appellationem querelæ nullitatis jungat, quia tunc mensuratur juxta regulas appellationum, nec tam rigide narratorum exposcit demonstrationem, vid. *Adauct. ad π. Cam.* Roding. *lib.* 1. *tit.* 20. *pag.* 307. Berlich. *p.* 1. *concl.* 61. *n.* 31.

§. XXI.

Et quamvis querelæ nullitatis indifferenter 30. annis præscribi tradant Dd. communiter Hahn. *ad Wesenb. tit. de re judic. n.* 10. Gail. 1. *obs.* 122. *n.* 8. Perez. *in C. tit. quand. prov. non est nec. n.* 12. Struv *Exerc.* 50. *th.* 18. Maier. *in C. A. ad tit. de re jud. th.* 109 tamen nisi nullitates processus substantiales sint, insanabilemque defectum ex persona Judicis aut litigantium habeant, decendium appellationis observasse, atque instrumentum protestationis, intra decendium adversus nullitates coram Judice à quo interpositæ, supplicationi pro citatione super nullitate adjecisse in Camera Imperiali omnino necessarium est, per *R. I. de Anno* 1654. § in dem auch nunmehr, 116. & seq. De jur. Elect. Saxonico intra terminum Saxonicum, propter abbreviandas lites, huic querelæ præscribitur vid. *Ord. Proc. Jud. tit.* 38. *pr.* ibi: daß er solches innerhalb 6. Wochen und 3. Tagen, rc. Carpz. *Proc. tit.* 19. *art.* 3. *n* 9. *& seqq.* Restringenda tamen præscriptio hæc Saxonica est ad nullitates contra sententiam proferendas per *Ord. Proc. Jud.* ibi: wann aber jemand ein gesprochen Urtheil einer Nullitæt &c. de sententia ergo tantum loquitur d. Ord. eoque ipso vigori juris communis relin-

quit decreta aliosque actus Judiciarios: jus enim statutarium stricte accipiendum & ita declarandum, ut quam minimum à jure communi recedat add. Carpz. *cit. loc. n.* 19. *&* 20. Cæterum nullitas non saltem agendo sed excipiendo opponi & tractari potest, Id. *d. l. n.* 6.

§. XXII.

Notandum & hoc est privilegia de non appellando non attendi à supremo judicio Spirensi in querela nullitatis, Roding. *n. Cam. ab auct. lib.* 1. *tit.* 33. *pag.* 399. Eapropter monet Gailius 1. *obs.* 135. *n.* 8. privilegia de non appellando ab Imperatoria Majestate impetrantibus consultum fore, si non tantum iniquitatis sed etiam nullitatis ratione sibi ita prospicerent; egregium vero & pium, si Diis placet, consilium!

CAPUT VIII.

De Contrariis & Affinibus.

SUMMARIA.

1. *Connexio.*
2. *De renunciatione.*
3. *Quid si sententia de aut super errore calculi à judice ordinario lata transit in rem judicatam.*
4. *Quid si super errore transactum sit.*
5. *Quid si error sit modicus.*
6. *De præscriptione.*
7. *De juramento.*
8. *Error in calculo temporis.*
9. *De dolo aut metu, item falsis instrumentis.*
10. *Error Advocati.*

§. I.

Reliquum nunc est ut videamus contraria, quæ calculi retractationem tollunt & impediunt.

§. II.

§. II.

Ea ſunt (1.) Renunciatio, ſi nimirum exceptioni erroris calculi in ſpecie fuerit renunciatum, addito ſuper ipſo calculi errore pacto vel ſtipulatione de ulterius non petendo vel calculando, *l.* 12. *de liber. leg. l.* 47. §. 1. *de pact. l.* 4. §. 4. *ſi quis caut. l. ult.* §. 3. *de cond. indeb. & per text. ſatis nobilem in l. pen. C. de pact.* ex qua colligitur regula, quod quilibet favori pro ſe introducto poſſit renunciare, quæ locum non habet, ſi ipſius renunciantis non tantum interſit, & exceptionem patitur in nonnullis pactis prohibitis *in L.* 14 *&* 17. *de pact. dotal.* item *in l.* 14. §. 1. *ſoluto matrim.* add. Berlich. *p.* 1. *concl.* 84. *n.* 65. *&* 66. & Jacob. Butrigar. *Tractatu Tractatuum vol.* 1. *fol.* 205. *col.* 4.

§. III.

Neque (2.) calculum retrahere licet, ſi ſententia de aut ſuper errore calculi à Judice ordinario lata tranſiit in rem judicatam. Non obſtat *l.* 1. §. 1. *quæ ſent. ſine appell.* vid. *ſupra Cap.* 7. *th.* 10. Dixi notanter à Judice ordinario, quandoquidem id non procedit, ſi ſententia à Judice delegato, ad rationes liquidandas tantum conſtituto, eſſet lata, licet namque ab hujus ſententia non fuerit appellatum, tamen talis error ob nullitatem in perſona judicantis usque ad 30. annos poſſet retractari, quia delegatus iſte erroneam rationem confirmando, limites ſuæ commiſſionis excedit, ita Blum. *in l.* 6. *C. de exec. rei jud. n.* 2. Munnoz. *cap.* 41. *n.* 8. & ex hoc late Perez in *C. de jur. fiſc. n.* 15. *&* 16. Tuſch. *lit. C concl.* 4. *n.* 20.

§. IV.

(3.) Si ſuper errore calculi ob ipſius intricatam perplexitatem (quæ utpote res dubia etiam eſt objectum tranſigibile, Struv. *Exerc.* 6. *th.* 56. *verb. alias*) transactum ſit. *l. un. C. de error. calc. ibique Dd.* add. *d. th.* 10. *ſupra Cap.* 7. Locum tamen adhuc habet reviſio erroris calculi, ſi transactio aperte iniqua & dolo extorta ſit, quia transactioni adverſatur dolus, propter quem exceptione, replicatione vel quandoque actione transactio infirmatur *l.* 4. *&* 19. *C. de transact.* Richter. *Deciſ.* 87. *n.* 14. 15. niſi de ipſo quoque dolo transactum ſit *d. l.* 4.

§. V.

(4.) Si error sit modicus, quippe modicus defectus in rationibus seu calculo non curatur *l. 32. de cond. & dem.* Sprenger. *de modic. cap. 5. th. 52.* ratio quia modicum neque Prætor neque lex civilis curat. *l. 4. de restit. in integr. l. 3. §. fin. de adim. leg.* imo cum nihilo comparat *l. 32. & 82. de V. S. l. 7. §. 2. de trib. action. cap. licet causam. 9. in medio*, ibi: *nulla vel modica. X. de probation.* Quod tamen varie fallit, prout docet Sprenger. *d. l. cap. 8. & 9. per tot.* Modicum autem quid sit propter diversam rerum & personarum qualitatem certa aliqua regula comprehendi nequit, sed Judicis arbitrio relinquitur. Menoch. *de A. I. Q. lib. 2. cas. 145. n. 4.* Sprenger. *dict. loc. cap. 1. thes. 13. & 14.*

§. VI.

Correctionem calculi (5.) impedit præscriptio, sed quænam? longi an longissimi temporis? non satis liquet; illud videtur velle. *l. 13. §. 1. ff. divers. & temp. præscript.* hoc *l. 8. pr. de admin. rer. ad civ. pertin.* in qua difficultate, missa Glossographi *ad d. l. 8.* & Munnoz. *d. tr. cap. 41. n. 15.* conciliatione impingente *in l. 12. C. de transact.* & Cujacii *ad l. 2. C. de jure fisci.* distinctione inter rationes dispunctas & expunctas, quæ tamen forsitan aliquo modo posset tolerari, cum Pacio *leg. conciliat. centur. 9. concil. 11.* dico regulariter rationes post longum tempus retractari non posse, & ita Hermogenianus *in d. l. 13.* sed excipitur si in calculo erratum, tunc enim correctio & retractatio etiam post 10 aut 20. annos, sive intra longissimum tempus admittitur, quo de casu agit Modestin. *in d. l. 8.* ubi in editione Haloandrina, quæ in instructissima Noribergensium bibliotheca asservatur, loco *calculi erroris* legitur *calcularii erroris.* Cæterum cum jure Saxonico præscriptioni longi & longissimi temporis respondeat unica præscriptio tricennalis, qua 30. annis, anno, 6. septimanis & 3. diebus 30. Jahr, Jahr und Tag (*vid. Dec. Elect. Sax. 11.*) præscribuntur res immobiles, jura & actiones, Land-Recht. *lib. 1. art. 29.* Gebhard. *de usucap. c. 4. n. 9. & seqq.* ideoque illo jure disputatio hæc videtur otiosa esse.

§. VII.

§. VII.

(6.) Juramentum de non contraveniendo computationi, facta expresse erroris mentione, interpositum, quia juxta *Auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* sequentem jus canonicum (secus enim de jure civili *l. 7. §. 16. de pact. l. 5. §. 1. C. de LL.*) juramentum actum alias invalidum firmat, facitque valere omni meliori modo quo valere potest stricteque servandum est, modo non vergat in dispendium æternæ salutis præjudiciumque tertii, *cap. 28. extr. de jurejur. & cap. 2. de pact. in 6.* adde optime hac de re agentem Struv. *Exerc. 8. th. 54. & Exerc. 17. th. 22. & seqq.* Cæterum notanter requisivi, ut de errore expresse sit cogitatum cum interponeretur juramentum, quia ultra jurantis intentionem ad non cogitata juramentum extendi nequit, Ayrer. *ad d. l. un. C. de error. calc. n* 90.

§. VIII.

Denique calculi retractio non admittitur si error tantum sit in calculo temporis, hic namque non vitiat ipsam computationem *per l. fin. §. 1.* ibi: *cum nobis cognitum sit, &c. C. de tempor. & rep. appell.* cum hactenus utique sufficiat ipsam rationem rite esse positam & dispunctam, nihilque intersit quonam tempore calculus sit positus.

§. IX.

Jam affinia quoque erroris calculi paucis tanquam ad eaque referam: (1.) Si dolo aut metu reddita fuerit ratio: quæ enim dolo malo metuve facta esse dicuntur, ea rata non habet Prætor, vid. *t. de dol. mal. & tit. quod met. caus. gest. ibique Interpp.* (2.) Si ex falsis instrumentis ratio fuerit inita, & tunc falsitate quocunque etiam modo detecta, illa causa & negotii pars, quæ ex falso instrumento convicta fuit, retractatur, cæteris capitulis in firmitate sua manentibus, ne utile per inutile vitietur, vid. saluberrimam constitutionem, quæ habetur *in l. 42. C. de transact. & cap. 37. de R. I. in 6.*

§. X.

Tandem quæro an error Advocati à Cliente seu Principali re-

vocari possit? & respondeo quod sic per *L. 2. & 3. C. de error. Advoc.* Sed quando & intra quod tempus? Distinguo, si præsens sit litigator principalis sive cliens, in continenti, h. e. triduo proximo, revocatio fiat oportet, *l. fin. C. d. t.* Sin absens etiam post triduum, cum non possit videri factum Advocati approbasse, *arg. d. l. fin.* ita ex hoc capite coram supremo Cameræ tribunali in causa Waldeck contra Anhalt & Sachsen-Altenburg in puncto interventionis, Mandati cassat. & inhib. S. C. à parte Saxonico-Altenburgica interventionales sub- & obreptionis Exceptiones contra Waldeck anno 1660. d. 9. April. productæ d. 23 Maji, ejusdem anni revocatæ, earumque loco aliæ sub eadem rubrica substitutæ fuerunt, prout ex illis ipsis Actis, quorum copia mihi facta, annotavi. Conf. omnino Giphan. *in C. add. l. fin.* ubi ab errore Advocati consistente in erronea summæ, temporis, nominis, rei, &c. allegatione recte distinguit omissionem seu defectum, cum Advocatus aliquid prorsus omittit, quo pertinet *l. un. C. ut quæ des. Advocat. part.*

Dissertatio de Enunciatione invalida, Præside WILHELMO HIERONYMO BRUCKNERO, D. Pandect. Prof. publ. Facult. Jurid. & Scabin. Assessore, Jenæ die 8. August. MDCXCVI. JOH. GEORG. SCHENCK. Arnstadiensis.

PRÆLIMINARE.

Est quidem in vulgus nota juris regula: quemvis favori suo & juri pro se introducto posse renunciare *l. 29. C. de pact. l. 51. C. de Episc.* Cum quilibet rei suæ sit moderator & arbiter *L. 21. C. Mandat.* & nemini invito obtrudatur beneficium *L. 69. de R. I.* Sicuti vero pleræque regulæ suas habent exceptiones, ita & illa suas patitur limitationes, unde veniunt renunciatio-

ciationes invalidæ. Hanc arduam & satis spinosam materiam vel ideo considerațione dignam judicavi, quod eam peculiariter tractatam nondum invenerim, cum tamen in praxi fori sit omnium frequentissima. Toties enim contingit, ut pacta, contractus & alia negotia celebraturi, suis juribus & beneficiis vel sponte, vel, quod sæpius fieri solet, necessitate urgente ex aliorum voluntate renuncient, deinde pœnitentia ducti ad invaliditatem renunciationis, velut sacram quandam anchoram confugiant. Quamobrem ingenii mei vires periclitaturus, & publicum studiorum specimen editurus, operæ pretium esse duxi nonnulla de renunciatione invalida in medium adferre. Eo faciliorem autem ab æquo lectore mihi polliceor veniam, quo difficiliorem & spinosiorem selegi materiam tractandam.

SUMMARIA.

1. *Significatio vocum.*
2. *Qui renunciare nequeant.*
3. *Jus naturæ irrenunciabile.*
4. *Vita sua nemo potest renunciare.*
5. *Ampliatur.*
6. *An innocens crimen ob torturam possit confiteri? & alia quædam problematicæ quæstiones.*
7. *De renunciatione defensionis in criminalibus.*
8. *Renunciatio parentum liberis alimenta denegans invalida in matribus.*
9. *Idem in patribus, & vicissim liberis.*
10. *Renunciatio legitimæ quatenus invalida?*
11. *Matrimonio renunciari nequit.*
12. *Nec libertati.*
13. *Nec valent renunciationes contra bonos mores.*
14. *De beneficiis competentiæ & cessionis bonorum.*
15. *Invalida renunciatio, per quam occasio datur delinquendi.*
16. *De reductione ad arbitrium boni viri, &c.*
17. *Renunciationes juri divino adversantes nullius momenti.*
18. *Sponsalibus & matrimonio an liceat renunciare?*
19. *Renunciatio contra jus publicum.*

20. 21.

Digitized by Google

20.21.22. *De jure superioris aut alterius favorem simul concernente.*
23. *Si post renunciationem par sit ratio.*
24. *De juribus prohibitoriis & solennitatibus requisitis.*
25. *De invalidis renunciationibus ob favorem renunciantis & odium exigentis.*
26. *Vel propter voluntatem legislatoris.*
27. *Juramentum renunciationem de jure civili invalidam sæpe validam reddit.*
28. *Reliqui effectus.*
29. *An habeat effectum certiorationis?*
30. *An notario credendum, si in instrumento posuit factam fuisse certiorationem?*
31. *An renunciatio* an Eydesstatt *valeat ut jurata?*
32. *Renunciatio generalis, specialis & specialissima.*

§. I.

DUplex potissimum est significatio vocabuli renunciationis altera JCtis, altera medicis frequenti usu probata; Apud hos notat judicium medici e. g. de lethalitate vulneris, de contagio &c. quamvis & hæc significatio etiam in nostro jure occurat *in pr. L. 1. ff. de ventr. inspiciend.* Apud JCtos plerumque sumitur pro abdicatione & remissione juris, actu vel potentia (re aut spe) alicui competentis, quæ acceptio in jure nostro & praxi fori subinde occurrit; jamque præsentis erit considerationis. Invalidum vero idem est ac nullum, quod effectu juris destituitur, & perinde se habet, ac si non existeret.

§. II.

Personæ renunciare non valentes vel natura impediuntur vel lege prohibentur. Natura ob defectum judicii, v. gr. Infantes, Dalnerus *de ren. cap. 5. n. 6.* Hi enim jus suum non intelligunt, *L. 9. ff. de acquir. hered.* Becmann. *in conspect. doctr. polit c. 6.* Nequidem cum tutoris auctoritate Struv. *Ex. 6. th. 39.* furiosi *L. 5. ff. de R. jur. §. 8. Inst. de inutil. stipul.* quia eorum est nulla voluntas *L. 40. de R. jur.* nec intelligunt quid agant *L. 1. §. 12. ff. de oblig. & action. §. 1. Inst. quibus*

non

non est permiss. fac. testam. Mentecapti, furiosos enim & mentecaptos à pari procedere, ait Brunn. *ad L. 25. n. 3. C. de nupt.* Extreme ebrii, qui intellectus exercitio destituti; nam ebrietas mentis inducit exilium *C. à crapula 14. X. de vita & honest. cler.* nequidem ex jurata renunciatione ejusmodi ebrius obligari potest. Setser. *de juram. L. 1. c. 6. n. 8.* Lege prohibentur pupilli, infantia majores, absque tutorum autoritate, nisi conditionem suam meliorem faciant. vid. *pr. Inst. de autorit. tut.* minores, qui habent Curatores invalide renunciant non adhibito Curatorum consensu & non facta sua conditione meliori *L. 3. C. de in integr. rest. min.* & ad eam Brunnem. Si vero minores Curatores non habent, renunciare quidem valent, sed ob lubricum ætatis *l. 1. §. 1. ff. de minor.* vel dolo adversarii læsi *l. 24. §. 1. cit. Tit.* in integrum restituuntur. Schneidew. *ad §. 2. Inst. quibus alien. lic. vel non.* Struv. *Ex. 8. th. 46.* Zœs. *ad ff. de minor. n. 33.* prodigus absque Consensu Curatoris *§. 3. Instit. de Curat.* quoniam quoad administrationem bonorum pupillis assimilatur *L. 9. §. 7. ff. de rebus credit.* Carpz. 3. 6. 9. Imo furioso quodammodo comparatur, quia ipse quoad bona sua furiosum facit exitum *L. 40. de R. jur. L. 12. §. 2. ff. de tut. & cur.* Nec validam reddit renunciationem prodigi juramentum. Setser. *de juram. L. 1. c. 5. n. 1.* Servi renunciando Dominis obesse nequeunt, cum eorum conditionem deteriorem facere non possint. *L. 133. de R. jur.* Quid de ignorante, dubitante, errante, dolo decepto, metu coacto, iracundo sit statuendum. vid. Daln. *de ren. cap. 5. n. 17. & seqq.*

§. III.

Consideratis personis quæ renunciare nequeunt, accedo nunc ad rationes ob quas valide non potest renunciari, quarum I. est si renunciatio tendit contra præceptum aut prohibitionem J. N. irrenunciabile enim est jus natur. cum sit immutabile *§. 11. Inst. de J. N. G. & Civ.* Wilh. Grot. *de princ. jur. nat. c. 3. §. 8.* Stryk. *in Disp. de Dardanar. c. 3. n. 1.* Et quamvis princeps legibus sit solutus *§. ult. Inst. quibus mod. testam. infirm.* Eique Deus & ipsas leges subjecerit *Nov. 105. c. 2.* Attamen hoc tantum intelligendum est de legibus civilibus, quas subditis suis tulit, non lege nat. qua princeps est in-

ferior; superior autem lege debet esse is, qui in illa dispensare cogitat, Hahn. *ad Wesenb. ff. de LL. n. 7.*

§. IV.

Ex his sponte fluit, neminem vitæ suæ pro lubitu renunciare posse, cum (1.) Nemo membrorum suorum sit Dominus *l. 13. ff. ad L. Aquil.* sed solus Deus est Dominus vitæ, qui homini eam concessit quamdiu voluit, Wilh. Grot. *de pr. jur. nat. c. 7. §. 4.* non ad perdendam, sed conservandam, & gloriam Creatoris pro concessa vita deprædicandam. Simon *in Diss. de just. hom. circa sua membra c. 2. §. 3.* Quicunque igitur circa expressam aut certo præsumtam Dei voluntatem sibi vitam adimit, in jura Majestatis divinæ involat, ac Deo injuriam facit. Stryk. *in Diss. de conscient. part. in jud. c. 3. n. 59.* dum jus sibi vindicat in vitæ destructionem, quod Deus solus sibi reservavit *Deut. 32. v. 39. 1. Sam. 2. v. 6.* Deinde seipsum pro lubitu occidens (2.) privat Rempubl. Cive, Pufend. *de jur. nat. & Gl. L. 1. c. 7. §. 17.* & per consequens talis aufert Reipublicæ quod suum est. Stryk. *in disp. de fortalit. c. 8. n. 40.* (3.) Violat legem de sui ipsius dilectione, qua non minus se quam proximum in vita conservare tenetur, Ames. *de conscient. L. 5. c. 31. qu. 6.* ordinata enim charitas incipit à seipsa. *l. 6. C. de servit.* (4.) Peccat, in familiam, cui membrum subtrahit. Wilh. Grot. *c. l. c. 11. §. 3.*

§. V.

Neque possumus vitæ nostræ renunciare (1.) ut liberemur à paupertate, morbo aliisque molestiis, Augustinus *de Civ. Dei L. 1. cap. 26.* cum animi mollis signum habeatur, res ærumnosas ac laboriosas declinare, Molina *Tom. 4. tr. 3. disp. 9. n. 3.* sicuti enim miles stationem ab Imperatore ipsi assignatam ob molestias & pericula non debet deserere, ita nec nos stationem à Deo tanquam supremo rerum arbitro nobis, in hac vita assignatam tædio derelinquamus: Unde moribundis, licet maxime velint, non debemus subtrahere pulvinar, aut lecto extractos stramini imponere, ut liberati à cruciatibus eo citius moriantur. Experientia enim testatur, tot ægrotos, de quorum

rum salute etiam Medici desperant, reconvalescere; Imo licet certi simus, hos vel illos morbo laborantes ad sanitatem non redituros, debemus tamen eos ad patientiam potius hortari, ut Dei evocantis horam præstolentur, & exemplum patientiæ aliis præbeant, quam morem ipsis gerere, necem suam expetentibus. (2.) Ut cœlestia gaudia anticipemus, Stryk. *in disp. de de jur. Hom. in seipsum. c.* 3. *n.* 12. cum expectanda sint æterna gaudia non rapienda, ne in æternum his privemur. Stryk. *in Diss. de foro conscient. c.* 6. *n.* 122. ubi etiam hujus rei exemplum refert. Et Anton. Matth. *Tit. de sicar. p.* 526. narrat de juvene quodam rustico concionatoris eloquentia accenso, qui, cum de vitæ æternæ gaudiis concionator dixisset, statim sibi lethale vulnus inflixit, ut æternis gaudiis eo citius frueretur. (3.) Ut declaremus per cædem nostram pœnitentiam antecedentium peccatorum, propter quæ magis hac vita opus est, ut possint pœnitendo sanari. Wilh. Grot. *c. l. c.* 11. §. 10. (4.) Ut à turpitudine liberemur: Sic fœminæ & virgines sibi vim inferentes, ut pudicitiam suam defendant, minime excusantur, quia (α) tales in vitam suam ea propter nil juris habent, cum stuprata adhuc mente virgo sit. Anton. Matth. *de crim, L.* 48. *Tit.* 5. *c.* 1. *n.* 10. Mens enim peccat non corpus, & ubi consilium abest, ibi crimen deficit. Simon. *in Diss. de just. hom. circa anim. c.* 2. §. 11. (β) Deo ultionem committere tenentur, non ipsæ in sua viscera sævire: nam mori velle, ne civiliter moriare, furor est. Stryk. *in Disp. de foro conscient. c.* 6. *n.* 125. Multominus excusationem merentur eæ, quæ ex indignatione post illatum stuprum se occidunt, uti de Lucretia à Tarquinio stuprata testatur Liv. *lib.* 1.

§. VI.

An vero innocens crimen falso objectum ob torturam possit confiteri & ad evitanda tormenta vitæ renunciare? Negat. Stryk. *in Diss. de fact. jud. de fact. cap.* 7. *n.* 197. ob defectum nempe dominii in vitam, quam cum dolore etiam servare obligantur, quoties mortem non sunt commeriti: Ignavus enim is qui propter dolorem moritur. Becmann. *in moral. cap.* 9. *p.* 107. Igitur peccatur à confitente, quando ob confessionem falsi criminis necessaria mors imminet. Stryk. *in Diss. de jure hom. in seipsum.* Cæterum quid liceat (1.) Si summus imperans

rans jubeat, ut potius milites nitrato pulvere navim perdant, seque cum navi destruant, quam hosti se dedant. (2.) In casu de septem Britannis, quem refert Nicolaus Tulpius *in observ. Medic. l.* 1. *c.* 43. Ziegler. *in not. ad* Grot. *L.* 2. *cap.* 1. §. 3. (3.) Si tempore naufragii plures homines scapham conscendant quam hæc ferre possit, ut hac ratione aut omnes perire debeant, aut sorte experiri, quinam sint ejiciendi e scapha. (4.) Si summus Imperans pro salute Reipubl. quosdam mittat in manifestum certissimumque mortis periculum. (5.) Si innocens à Rege suo invadatur, ut nequeat aliter mortis periculum evitare, quam occidendo Regem. (6.) Si quis innocens, de salute sua æterna certus, à privato invadatur, ut aut sibi, aut invasori sit pereundum. (7.) Si quis naturali inclinatione feratur ad genus vitæ morbis aut aliis periculis obnoxium, quod probabiliter non tam diu conservat sanitatem & vitam, sicuti aliud, ad quod à natura non propendet, an illud præ hoc eligi possit? (8.) Si regio aut terra non adeo conducit sanitati & prolongationi vitæ, sicuti alia, an salva conscientia inhabitari possit? (9.) Si in partu mulieris prædicant medici, chirurgi & obstetrices, ni occidatur fœtus in utero, matrem cum fœtu perituram, an hic occidi possit, ut illa conservetur? (10.) Si delinquens mortem sit promeritus & jubeatur à Magistratu, ut, cum copia carnificis haberi nequeat, seipsum gladio transfodiat? (11.) Si duo summi Imperantes conveniant, ut ad evitandum cruentum, quod imminet prælium, quatuor ab utraque parte deligantur, duello invicem congressuri, & exinde judicium sumatur, quæ pars alteri cedere debeat, an delecti salva conscientia duello certare possint? quid, inquam, in his & similibus casibus liceat, cum res sit altioris indaginis, & alia plura restent explicanda, non jam illis immorabimur.

§. VII.

Nullius quoque momenti est renunciatio defensionum in caussis criminalibus: audiendus enim non est perire festinans juxta l. 6. *ff. de appell.* licet renunciatio juramento confirmata, delinquens tamen sibi non præjudicat. Mynsing. 4. *O.* 51. Kellenbenz *de ren. success. qu.* 2. *n.* 1. Unde etiam statuta defensionem rejicienda nihil valent, Simon *in Disp. de jur. statut. cap.* 7. *n.* 1. Sed hoc ita intelligendum

dum est, quod non obstante renunciatione concedatur tamen petenti defensio. Quod si vero constat de delicto capitali, & reus illud fatetur, nec vult sui defensionem, tunc citra hanc (nisi circumstantiæ aliud exigant) mortis ferri potest potest sententia, ut praxis testatur.

VIII.

Cum parentes naturali jure ad educandos & alendos liberos teneantur, *l.* 1. §. 3. *de just. & jur. l. un.* §. 5. *C. de rei uxor. act.* invalida est renunciatio, qua parentes alimenta liberis denegant, quia jus nat. præcipit præstationem, ejusmodi vias quoque in matribus ipsis ideo præparando. Lyncker. *in Not. ad* Huber. *l.* 2. *c.* 2. §. 4. Hinc Mater oneri lactandi infantes absolute, & non habita ratione justarum circumstantiarum haud valide renunciat, quoniam (1.) Hoc officium ex ipsa naturæ propensione oritur, quæ est homini cum brutis communis, ipsæ enim bestiæ prolem nutrire solent. Amesf. *de conscient. l.* 5. *c.* 22. *qu.* 1. (2.) Ad hoc natura mulieres progenuit *arg. l.* 2. *C. de indict. viduit. toll.* nam in hunc finem natura illis tribuit binas papillas. Schmidt *in pol. pos. p.* 2. §. 4. *l. a.* (3.) lac maternum magis ad alimentationem proficit, quam peregrinum. Simon *in Disp. de denegat. alim.* (4) periculosa est lactis mutatio: nam mali mores cum lacte ex uberibus hauriuntur. Potest tamen Mater pro ratione circumstantiarum, v. g. ob infirmitatem, vel si lac nullum, aut noxium habeat, per nutricem lactare, & alere infantem. Surdus *de alim. tit.* 7. *qu.* 13. *n.* 4.

§. IX.

Sicut Mater officio allactationis absolute renunciare nequit; ita nec Pater alimentis jur. nat. debitis renunciare potest, vid. *l. fin.* §. 5. *C. de bon. quæ liber.* Stryk. *in Disp. de jure reverent. ejusque effect. spec. c.* 5. *n.* 7. qui enim causa est ut homo existat, curare etiam debet, ut subsistat. Wilh. Grot. *de pr. J. N. c.* 10. §. 6. necare enim videtur qui alimenta denegat. *l.* 4. *ff. de agnosc. & alend. liber.* nec juratam renunciationem valere ait Surdus *de alim. tit.* 9. *qu.* 15. *n.* 2. Et hoc procedit non solum in liberis legitimis & qui sunt in potestate parentum, sed etiam emancipatis *l.* 7. *ff. de bon. damnat.* & naturalibus tantum. *Auth. Licet, C. de*

nat. liber. Schneidew. *ad pr. Instit. de J. N. G. & Civ. n.* 10. Et è damnato concubitu natis juxta æquitatem juris canonici *c.* 5. *X. de eo qui dux. in matr.* Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *c.* 7. §. 4. Struv. *Ex.* 38. *th.* 22. Wisenb. *p.* 1. *disp. ff.* 49. *th.* 16. Rittershus. *diff. jur. civ. de can. lib.* 2. *c.* 7. Gail. 2. *O.* 88. Dissentit Strauch. *Diss.* 11. *th.* 21. Deinde occulti etiam patres soboli de alimentis prospicere debent, quia jur. nat. quilibet ad alendum eum, quem progenuit obligatus est. Simon *in disp. de just. hom. circa anim. c.* 2. *th.* 5. Eodem modo non subsistit statutum, auferens liberis alimenta. Surdus *c. l. tit.* 8. *qu.* 56. *n.* 21. Non solum vero parentes liberos, sed & hi vicissim parentes suos alere tenentur, si ob paupertatem vel senium se ipsos alere nequeant, vid. *l.* 5. *C. de patr. potest. l.* 1. *C. de alend. liber.* Lyncker. *c. l. L.* 2. *c.* 2. *p.* 25. Et hæc alendi necessitas non à patria potestate dependet, sed naturali ratione nititur, ut benefacienti benefaciamus. Carpz. 2. 10. 29. *n.* 5. Unde & à filio emancipato Pater alimenta consequitur. *l.* 5. §. 13. *ff. de agnosc. liber.* etenim sanguinis vinculum emancipatione non tollitur. Brunnem. *ad l.* 3. *C. de alend. liber.* Clement. *de patr. potest. cap.* 23. *n.* 88. Et quod de patre & liberis alendis dictum, hoc etiam in Matre & omnibus ascendentibus & descendentibus personis utrique naturæ observare statuit Imperator in *Auth. si Pater. C. divort. fact. ap. qu. lib. educ. deb.* Stryk. *in disp. de jure domest. cap.* 3. *n.* 4.

§. X.

Præterea invalida est renunciatio legitimæ, quatenus in ea necessaria sunt alimenta, Grot. *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 7. §. 4. *n.* 3. quia legitima certa ratione spectata est jur. nat. Struv. *Ex.* 10. *th.* 10. à cujus præscripto non liberat lex humana. Simon *in not. ad Grot. cit.* §. Et quamvis denegata legitima, quæ est Jur. Civ. attamen non colligitur denegatio alimentorum: sic Pater liberis naturalibus & spuriis non debet legitimam, bene tamen alimenta. Brunnem. *ad l.* 8. *n.* 6. *C. de inoff. testam.* Carpz. 2. 10. 18. Quam ob rem filia generaliter omnibus juribus tam paternis quam maternis renuncians, alimenta nihilominus exigere potest, quia alimentorum jus à jure succedendi separatum est, vid. Kellenbenz. *de ren. success. qu.* 1. *n.* 15.

§. XI.

Illi, qui dono continentiæ præditi non sunt, matrimonio renunciare nequeunt; ejusmodi enim renunciatio adversatur (1.) juri nat. quod non solum permittit, sed imperat iis conjugium, qui libidini dominari non possunt, Simon *in Disp. de just. permiss. cap.* 2. §. 2. Cum enim jus nat. præcipiat castitatem & damnet adulteria, scortationes, similesque impuros congressus, consequens est, ut præcipiat medium, quo castitas tanquam finis obtinetur, viteturque impuritas; medium autem non aliud suppetit, quam ut illi, qui dono continentiæ non sunt instructi, matrimonium ineant, vid. Stryk. *disp. de foro conscient. c.* 2. *n.* 103. (2.) Juri divino, quod præcipit, ut homines per procreationem honestam se multiplicent. *Gen.* 1. *v.* 28. Ex quibus apparet, voluisse Deum institutum esse matrimonium, ne eo omisso, desineret genus humanum, vel per scelera & libidines excresceret in opprobrium divinæ institutionis. Pufend. *de J. N. & G. l.* 6. *c.* 1. §. 7. (3.) Utilitati publicæ, dum ejusmodi renunciantes patriam perdunt, quam infœcundam reddunt. vid. Stryk. *in Disp. de sal. publ. cap.* 3. *n.* 14. Matrimonium enim est seminarium Reipubl. *ad Eph.* 5. Carpz. *l.* 2. *Consistor. D.* 2. *n.* 10. quod regiones atque civitates frequentes reddit, vid. *Nov.* 104. *pr.* & genus humanum facit quasi immortale. *l.* 14. *C. de legit. hered. nov.* 22. *pr.* (4.) Bono ordini, qui nullus foret, si conjugium abesset, Becmann. *in Consp. doctr. pol. cap.* 8. & genus humanum confusissimum redderetur. Pufend. *c. l.* §. 5. Accedit (5.) quod venus, si modice adhibeatur, nonnunquam ad vitæ prolongationem faciat, uti statuit cum Physicis Simon *in disp. de just. hom. circa sua membr. cap.* 4. §. 1.

§. XII.

Cum libertas in jure nostro civili censeatur esse juris nat. §. 2. *Inst. de J. N. G. & Civ.* Pufend. *de J. N. & G. l.* 3. *c.* 2. §. 8. & infinita ejus æstimatio. *l.* 106. *de R. jur.* ideo juxta jus civile invalida est libertatis renunciatio, Daln. *de ren. c.* 8. *n.* 23. Conventio enim privata servum facere non potest, *l.* 37. *ff. de liber. caus.* Simon *in not. ad Grot. l.* 1. *c.* 3. §. 8. quia hic non est modus, quo quis ex libero fiat servus. Brunnem. *ad l.* 11. *C. ad L. fab. de plag.* Sic liberi homines nec ob debitum proprium

prium nec alienum servituti mancipari possunt, Brunnem. *ad l.* 12. *n.* 1. *C. de obl. & act.* quia per hoc liber homo obligatur tanquam pignus. Simon *in Disp. de just. hom. circa sua membr. c.* 5. §. 3. Hominem autem liberum non posse pignori dari evincitur per *l.* 6. *C. qua res pignor. obl. poss.* Perez. *in C. cit. tit. n.* 5. cum non sit in commercio. *l.* 103. *de verb. oblig* Struv. *Ex.* 23. *th.* 27. Non obstat, quod de consuetudine multorum locorum debitor ad carcerem se obligare possit, Carpz. 2. 21. 1. Struv. *Ex.* 44. *th.* 30. nam talis carceris mancipatio non tollit libertatem hominis absolute, sed illam tantum conditionaliter restringit, Stryk. *in disp. de carc. ad custod. cap.* 4. *n.* 11. Neque id intelligendum de carcere privato sed publico. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 6. *n.* 54. *& seqq.* De jure etiam divino Israelitis haud licebat fratrem ad perpetua servitia sibi devincire *Levit.* 25. *v.* 39. Exceptio est in cas. *Exod.* 21. *v.* 5. 6.

§. XIII.

II. Non valent renunciationes, quæ sunt contra decus publicum, bonos mores & honestatem, vid. *l.* 26. *ff. de verb. obl. l.* 6. *C. de pact. l.* 1. §. 7. *ff. depos.* Brunnem. *ad l.* 4. *C. de inutil. stipul.* e. gr. dum quidam se obligant, quod, si intra certum tempus non solvant, velint esse infames *l.* 15. *ff. de condition. instit.* quamvis vix omnem apud honestos maculam effugiant, qui obligationis suæ immemores, & existimationem suam parum curantes non servant promissa. *c. non sunt audiendi.* 56. *caus.* 11. *qu.* 3. Oldend. *Class.* 4. *act.* 28. §. 7. Hering. *de fidejuss. c.* 19. *n.* 140. Stryk. *de cautel. abund. in contract. c.* 3. *n.* 38. Frustra etiam renunciant partes sepulturæ ob debitum, donec satisfactum sit. Brunnem. *ad auth. item. n.* 4. *C. de sepulch. viol.* Perez *in C. cit. tit n.* 7. Interest enim Reipubl. ne cadavera maneant insepulta *L.* 43. *de Relig. & sumt. fun* Grot. *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 19. §. 1. & fœtorem excitent & morbos causentur. Stryk. *in Disp. de sal. publ. c.* 5. *n.* 45. Quare arrestari cadaver defuncti ob debitum non licet. Struv. *Ex.* 15. *th.* 83. Mev. *de arrest. c.* 8. *n.* 225.

§. XIV.

Quoad beneficium competentiæ distinguunt communiter Dd. inter

inter personas, quibus ex reverentia, & quibus ex alia causa hoc beneficium competit; ita ut illæ non possint renunciare, Manz. *dec.* 3. *qu.* 9. Mev. *in discuss. levam. c.* 9. *n.* 45. *& seqq.* Hillig. *in Donell. lib.* 27. *c.* 9. *lit. z.* Richt. 1. *D.* 24. *n.* 7. Carpz. 1. 32. 19. *&* Esbach *in Not. ad Carpz.* Stryk. *in Disp. de jur. rever. ejusque effect. spec. c.* 3. *n.* 2. ne quidem interveniente juramento. *C. A. tit. ff. de re judic. th.* 35. *n.* 3. Mev. *cit. loc. cap.* 9. *n.* 48. Zanger. *de except. p.* 2. *c.* 15. *n.* 8. Caroccius *de remed. contra præjud. sent. except.* 25. *n.* 108. Schulz. *in disp. de condit. juram. c.* 1. §. 29. Etiam maritus huic privilegio, quod in restitutione dotis habet, renunciare nequit. *l.* 14. §. 1. *ff. sol. matrim.* Brunnem. *ad l. un. n.* 48. *C. de rei uxor. action.* lædit enim reverentiam conjugalem. Perez *in C. n.* 13. *sol matrim.* Huc spectat etiam flebile ac miserabile beneficium cessionis bonorum, an illi possit renunciari? Sunt qui negant, Struv. *Exerc.* 44. *th.* 28. Wisenbach. *ad ff. vol. Exerc.* 21. *th.* 21. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 24. *th.* 4. *lit. E.* Hillig. *ad Donell. p.* 2. *lib.* 27. *c.* 9. *lit. z.* vide plures alios Dd. apud Coler. *de processu execut. p.* 1. *cap.* 6. *n.* 44. & Gylmann *Symphor. tom.* 1. *part.* 3. *vot.* 22. *n.* 4. Sunt qui affirmant ibid. Stryk. *disp. de benefic. dat. in solut. cap.* 7. *n.* 8. Pan. *cons.* 42. *n.* 1. *vol.* 2. Jacobus de Arena, quem allegat Vitalis de Cambanis *in tract. clausularum* super illa quæstione, *an beneficio cessionis renunciari possit? n.* 7. *&* 33. Frider. de Senis *consil.* 60. *n.* 1. Coler. *de proc. exec. d. l. n.* 95. Sed ad hanc quæstionem rectius decidendam notetur: duos esse effectus cessionis bonorum, (ob quos etiam hæc vocatur beneficium,) (1.) ne debitor incarceretur. *l.* 1. *C. qui bon. ced. poss.* (2.) si ad pinguiorem pervenerit fortunam, quod non teneatur ultra quam facere possit, & gaudeat beneficio competentiæ. *l.* 6. *de cess. bonor. l. pen. in fin. C. eod.* Quoad primum effectum etiam magna est contentio inter Doctores, num quis possit se ad carcerem obligare? Affirmant multi, quos recenset Coler. *de proc. exec. d. l. n.* 45. conf. Stryk. *cit. loc. n.* 5. Quamvis affirmantes has plerumque addant limitationes (a) ut creditoribus non permittatur, debitorem morosum propria autoritate capere & incarcerare. Dynus *in l. alia.* 14. §. *eleganter.* quem ibidem refert & sequitur Alex. *n.* 6. Johann. de Imola 5. Bart. 11. Alb. 5. Bald. 1. Franc. Aret. 2. *ff. solut. matrim.* Alciatus *in c. cum ab homine. n.* 75. *X. de judic.* Ripa *in l. obligatione.* 6. *n.* 22. *de pignor.* (c) ut parcatur debitoribus, qui sine sua culpa ad inopiam sunt redacti, Heig. *part.* 1.

illust. qu. 35. *n* 51. Husanus *in tract. de propriis hominibus. qu.* 6. *n.* 22. Mevius *discuss. levam. cap.* 4. *sect.* 1. *n.* 9. 30. 91. Contra vero multi tuentur negativam. Brunus *in tract. de cess. bonor.* 5. *quæst. princ. qu.* 20. *n.* 14. Luc. de Penn. *in l. curiosi.* 1. *C. de curios. & station.* Molin. *in tract. de commerc. qu.* 36. *n.* 21. Didac. Covarruv. *var. resol. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 7. Quoad discrepantes has sententias observandum (a) apud priscos quidem Romanos licitum fuisse, ut quis ad carcerem se potuerit obligare, sed cum creditores hac abuterentur potestate, & sæpe miseros traherent, verberarent, & in vincula ducerent, plebs commota, & secessione in montem sacrum facta adegit senatum, ut pro libertate civium Romanorum statuerit, ne debitores in compedibus aut nervo essent, quod ipsum ex antiquitate Romana prolixius exponit Carolus Sigonius *de antiq. jur. civium Roman. c.* 6. *p. m.* 57. 58. Unde cives Romani ob debita non amplius in carcerem conjecti, & licet forte debitores se obligaverint ad carcerem in casum non factæ solutionis, quia tamen videbantur seducti calliditate creditorum & non tam sponte sua moti quam necessitate teli paupertatis adacti ad tam duram se obligasse conditionem, juxta jus Romanum pactum tale censetur invalidum. *l.* 3. §. 5. *ff. de liber. hom. exhibend. l.* 71. §. 2. *de condit. & demonstrat.* (b) quia non iniquum est, ut debitores, qui per ignaviam & malitiam suam ad incitas rediguntur, ad manus creditorum addicantur, aut in carcerem (**in den Schuldthurm**) conjiciantur, hinc multis locorum statutis & consuetudinibus est introductum, ut in tali casu possint se debitores obligare ad manus creditoris aut ad publicum carcerem. Coler. *de proc. exec. dict. loc. cap.* 6. *per tot.* & Mev. *discuss. levam. cap.* 4. *sect.* 1. Igitur qui renunciat beneficio cessionis bonorum, juxta jus Romanum non obstante hac renunciatione quoad effectum carceris potest illo uti; in illis vero locis, ubi addictio ad manus aut carcer publicus ratione debitorum obtinet, possunt illi, qui non sua culpa aut malitia, sed casu, ad inopiam rediguntur, non obstante renunciatione uti beneficio cessionis bonorum, quia ex æquitate præsumuntur in tali renunciatione voluisse casum exceptum; imo si etiam expresse se obligarunt, quod, licet casu in paupertatem incidant, nihilominus ad manus creditorum aut carcerem publicum velint condemnari, non videtur tamen id pactum esse validum, adeo ut non male Doctores statuant, statuta locorum, hoc ipsum disponentia, esse

esse invalida, cum juri divino & naturali æquitati vel maxime repugnent. Mevius *cit. l. n.* 9. Quoad effectum autem beneficium competentiæ, cum huic debitores, quibus ex jure sanguinis non debetur reverentia, possint renunciare, uti communiter statuunt Doctores, vid. Carpz. *p.* 1. *c.* 32. *d.* 19. eatenus valida erit renunciatio cessionis bonorum.

§. XV.

III. Invalida est renunciatio, si per eam occasio datur delinquendi, e. gr. si quis renunciat in contractibus præstationi doli futuri. vid. *l.* 27. *§.* 3. *ff. de pact. l.* 17. *pr. ff. commod. l.* 1. *§.* 7. *ff. de poss.* Struv. *Ex.* 19. *th.* 34. Non enim debet ausa delinquendi dari Brunnem. *ad l.* 1. *n.* 4. *C. de pag. & sacrif.* Nec juramentum illi adjectum quicquam operari arbitrer, cum illud non debeat esse vinculum iniquitatis Carpz. 2. 35. 2. Setser. *de juram. l.* 1. *c.* 8. *n.* 16. Unde illiciti juramenti transgressor multo melior quam servator esse dicitur. Kellenbenz *de ren. successs. quæst.* 42. *n.* 78. Rob. Marant. *spec. aur. p.* 6. *n.* 51. *de juram.* Sic etiam creditores in bona debitorum inmissi rationes reddere tenentur juxta Ordin. process. jud. Elect. Saxon. *Tit.* 39. Hinc inefficax est debitoris renunciatio super rationum redditione, vid. Carpz. 1. 32. 29. ubi *n.* 5. habet rationem. Ejusdem farinæ est renunciatio Legis Commissoriæ in pignoribus: captatoria enim est augetque fœneratorum improbam avaritiam. *l. fin. C. de pact. pign.* vid. Brunnem. *ad cit. l. n.* 10. Perez *in C. eod. Tit. n.* 4. Neque valet renunciatio facta per donantem de non revocando donationem ex causa ingratitudinis, quando ingratitudo donatarii venit ex dolo & delicto, vid. Cardinal. Tusch. *Tom* 1. *conclus. pract.* 583. *n.* 3.

§. XVI.

Sic quoque non valet renunciatio reductionis ad arbitrium boni viri, si arbiter dolose, vel manifeste contra jura judicaverit. vid. Stryk. *in Diss. de caut. abund. in process. c.* 1. *n.* 17. Rob. Marant. *c. l. n.* 343. quia dolus futurus videtur remitti; Ludov. Pontanus *ad rubr. ff. de arbitr. fol.* 464. *n.* 70. semper enim in renunciatione clausula: si juste arbitratus fuerit, subauditur. *l.* 30. *pr. ff. de oper. libert.* Gail. 1. *obs.* 150. *n.* 17. Hinc dicunt Dd. quod potius astra de Cœlo caderent,

 quam

quam quod renunciari posset reductioni ad arbitrium boni viri, ubi arguitur dolus arbitratoris. Francisc. Curtius *ad l. 42. C. de transact. fol.* 280. Ob eandem rationem non licet renunciare, ne futuri furti agatur. *l.* 27. §. 4. *ff. de pact.* ne futurarum injuriarum agatur. vid. Daln. *de ren. c.* 11. Deinde pater in testamento tutores constituens, non potest renunciare juri, quo minus filiorum tutores rationem reddant, cum & hoc jus reddendi rationem favore publico introductum. *l.* 5. §. 7. *ff. de administr. & peric. tutor.* invitarentur etiam tutores ad delinquendum & spoliandum pupillos: Schulz. *in Disp. de aneclogist. cap.* 2. *n.* 276. nam hoc jus solummodo pupillos respicit, ne illi defraudentur & ut eorum bona magis sint in tuto. vid. *l.* 3. *ff. de contrar. tutel. & util. act.* Berlich. 2. *conclus.* 12. *num.* 7.

§. XVII.

IV. Nullius momenti sunt renunciationes, quæ juri divino adversantur; nec Imperator aliquid contra illud efficiet, cum ille non sit supra legem Dei, sed subtus *Can. I. dist.* 10. Et ipse, ut fateri cogitur, subjectus est Deo. *l.* 1. *pr. C. de jur. vet. enucl.* Ex quibus patet, quod renunciatio feriarum divinarum invalida sit. vid. *C. ult. x. de feriis. l.* 7. *C. eod.* Adeo ut nec Princeps dispensare possit, Struv. *Ex.* 5. *th.* 35. quia ejusmodi feriæ cultum divinum potius quam partium favorem concernunt. Gail. 1. *obs.* 53. *n.* 6. Hinc actus judiciarius, inprimis contentiosæ jurisdictionis, si expediatur, est ipso jure nullus. Ruland, *de commiss. p.* 1. *l.* 5. *c.* 5. *n.* 5. Mev. 3. *Dec.* 276. *n.* 7. Perez *in C. n.* 5. *de feriis.* Frustra etiam repentinis renunciatur. Lyncker. *in Analect. ad S. Struv. jur. civ. th.* 35. *de feriis.* Simon *in Disp. de feriis th.* 30. Quæstio autem hic oritur: an studiosi juris die dominica juridica tractare valeant? salva aliorum opinione, negantium castra sequor. vid. Brunnem. *ad l. ult. n.* 5. *C. de feriis.* Sunt enim hæc studia partes operum quotidianorum, quibus die septima abstinendum, ut divino cultui libere vacare possimus. vid. Becmann. *moral. cap.* 14. *p.* 142. Neque Advocatis extra casum necessitatis hoc licet, sed quiescere debent ab operibus & cogitationibus civilibus, ut Deo serviant impensius. Stryk, *in Disp. de privil. Advocat. cap.* 2. *n.* 11. Perez *cit. loc. num.* 1.

§. XVIII.

Matrimonium præcedere solent sponsalia, de quibus hic non immerito quæritur: an illis sine justa causa liceat renunciare? de jure civ. affirmatur. *l.* 1. *C. de sponf.* & ibidem Brunn. Moribus autem & in recte constitutis Consistoriis non modo non licitum, sed nec impune fit, mutuo consensu sponsalibus, imprimis de præsenti, renunciare eaque dissolvere. vid. Carpzov. *l.* 2. *Consistor. D.* 173. *n.* 5. Beust. *de sponf. p.* 1. *c.* 58. Quoniam sponsalia non solo ac nudo contrahentium consensu perficiuntur, sed à Deo colligantur ab ejusque autoritate dependent. Carpzov. *L.* 3. *Consistor. D.* 44. *n.* 12. Perez. *in C. de his quæ vi metusve, n.* 5. Plures rationes vid. apud Struv. *Ex.* 29. *th.* 13. Richter. *Dec.* 8. *n.* 3. Cypr. *de sponf. c.* 14. §. 29. Si igitur matrimonio consummando mutuo dissensu non licet renunciare, multo minus consummato, longe enim difficilius impetratur divortium quam repudium. Carpz. *l.* 2. *Consistor. D.* 206. *n.* 13. Jure quidem Civ. antiquo licebat bona cum gratia h. e. communi utriusque consensu discedere à matrimonio ex *l.* 9. *C. de repud. Nov.* 22. *cap.* 4. Struv. *Ex.* 30. *th.* 39. Perez. *in C. n.* 1. *de repud.* Sub Christianis vero Imperatoribus hoc arbitrium fuit restrictum. *l.* 8. *C. de repud.* ne per ejusmodi divortiorum licentiam familiæ & publicus civitatum decor gravissime convellantur. Pufend. *de J. N. & G. l.* 6. *c.* 1. §. 20. Hinc etiam à Justiniano divortia ex mutuo dissensu facta, penitus abrogata. *Nov.* 117. *c.* 10. Renunciare quoque prohibentur conjuges fini matrimoniali nempe procreationi sobolis, vid. Simon *in Diss. de just. hom. circa sua membr.* quia conjux conjugi ad præstandum debitum conjugale obligatur propter initam societatem, quæ in mutua jurium participatione, adeoque identificatione conjugum consistit, vid. Becmann. *conspect. doctr. pol. c.* 8. Repugnat etiam hæc renunciatio saluti publicæ: nam interest Reipubl. liberis replere civitatem, *l.* 1. *ff. sol. matrim.* Perez *in C. de Decur. n.* 18. Carpzov. *l.* 2. *Consistor. D.* 2. *n.* 10. Hinc etiam Romani per legem Papiam Poppæam, quam Jacobus Gothofredus in fontibus juris civilis prolixius exposuit, singularia privilegia concesserunt in matrimonio constitutis, ut eo lubentius procreationi sobolis operam navarent. vid. *L.* 1. *C. de legat. princ. Inst. de excusat. tut. l.* 3. §. 6. *ff. de muner. & honor. L.* 24. *C. de Decur.*

ibidemque Brunnem. *n.* 96. Lyncker. *ad S.* Struv. *jur. Civ. L.* 50. *T.* 5. *th.* 72. Consummato matrimonio sæpe inveniri uxores, quæ maritis imperare audent quis nescit? proinde hic qu. an maritus juri suo potestati scil. maritali, quam in uxorem habet, renunciare possit? negatur, evertit enim jus divinum, quod fœminis subjectionem præcepit. *Gen.* 3. *v.* 16. 1. *Corinth.* 14. *v.* 35. Ames. *de conscient. l.* 5. *c.* 21. *qu.* 2. Peccat in conscientia maritus in se imperium relinquens uxori. Stryk. *in disp. de alapa c.* 2. *n.* 23. Tollit etiam hæc renunciatio jus Civ. in quo uxores vocant maritos suos Dominos. vid. *l.* 57. *ff. de donat. inter vir. & uxor. l.* 88. §. 2. *ff. de legat.* 2. Aliter vero judicandum est, si mariti promittunt uxoribus in certo quodam negotio, ad quod gerendum forte aptiores sunt maritis, liberam dispositionem, quam salva honestate & conscientia permittere possunt.

XIX.

V. Inefficax est renunciatio quæ tendit contra jus publ. & utilitatem publicam lædit. *l.* 45. §. 1. *de R. jur.* Adeo ut nec juramento queat publico juri renunciari: Daln. *de ren. cap.* 9. *n.* 2. quam obrem prohibentur subditi renunciare muneribus publicis, ita ut si quis detrectet munere publico fungi, iisdem remediis cogi debeat, quibus tutor compellitur *in L.* 3. *C. de susp. tutor.* vid. *l.* 9. *ff. de muner.* Stryk. *in Diss. de sal. publ. c.* 3. *n.* 46. Sic Advocati non tantum contra voluntatem constituuntur ut sint patroni in causa pauperum. *l.* 9. §. 5. *ff. de offic. proconsf.* Myns. 4. *obs.* 32. ne pauperes justam litem foventes relinquantur indefensi. Carpz. 1. 1. 25. sed etiam in genere, quoties salus publica exigit, tenentur patrocinari, nisi justam habeant se excusandi caussam, Brunnem. *ad l.* 7. *n.* 4. *C. de postul.* adeo ut foro illi carere jubeantur, qui patrocinium litigantibus recusant. Perez. *in C. n.* 15. *de advocat. divers. judicior.* Stryk. *in Diss. de priv. advocat. c.* 4. *n.* 11. An vero propter utilitatem publicam aliquis possit cogi ad subeundum munus carnificis, si nullus adsit? affirmat Carpzov. *in criminal. qu.* 137. *n.* 53. Stryk. *in Diss. de fact. jud. de fact. c.* 7. *n.* 221. modo sit vilis persona. Huc etiam spectat illa qu. an subditi juri Civitatis renunciare & sine consensu Principis aut Reipubl. de Civitate discedere liceat? Recte distinguit Grotius de J. *B. & P. lib.* 2. *c.* 5. §. 24. utrum gregatim,

vel

vel etiam in casu necessitatis singuli discedere velint, an secus; Priori casu id non licere, posteriori autem. Permittere etiam debuisset Rex Galliæ abitum subditis Reformatis, cum decrevisset, non tolerare amplius Reformatos in suo regno; conf. Becmann. *conspect. doctr. polit. c. 23.*

XX.

VI. Juri superioris aut alterius favorem simul concernenti renunciare non licet, ne contra *l. 74. de R. jur.* facto nostro alterius conditio deterior reddatur, cum omni pacto semper insit tacite hæc conditio, salvo jure tertii. *l. 2. §. 10. & 16. ff. ne quid in loc. publ.* Nullius igitur ponderis est renunciatio concionis δοκιμαστικῆς, quam patroni Ecclesiarum novum pastorem immittentes in præjudicium parochianorum remittere nequeunt, ubi illorum consensus atque judicium ad vocationem novi pastoris requiritur. Carpzov. *L. 1. Consistor. D. 34. n. 7.* Consensus autem populi non potest explorari, si non viderint & audiverint futurum pastorem in suggestu concionantem. Carpzov. *c. l. D. 33. n. 6.* Quod certæ personæ à tutela & Cura sint exemtæ, patet ex *l. 52. C. de Episc. & Cler.* Verum, an Clerici huic immunitati renunciare possint, quæritur? Negat Brunn. *ad auth. presbyteros. n. 1. C. de Episc. & Cler.* ut aliis omnibus derelictis, Dei omnipotentis ministeriis eo diligentius vacent. *C. ult. dist. 88.* nisi jure cognationis tutelæ deferantur, quas & hodie suscipere possunt, si velint. vid. Struv. *Jurisprud. L. 1. T. 25. §. 2.* Perez *in C. de Episc. & Cler. n. 11.*

§. XXI.

Expediti juris est, donationem, quæ excedit 500. solidos, aliter ratam non esse, quam si actis publicis rite insinuata fuerit. *l. 30. & 34. C. de donat.* Sed an huic insinuationi donator renunciare possit? Negatur, vid. Struv. *Ex. 40. th. 11.* Carpz. 2. 12. 13. Schneidew. *ad §. 2. Inst. de donat.* Quia insinuatio in publicum favorem introducta, ne quis re sua abutatur, & civibus egenis Respubl. oneretur §. 2. *Inst. de his qui sui vel alien. jur.* facit ad dilapidationem bonorum, quæ subditus hactenus habuit, donare enim est perdere. *l. 7. ff. de donat.* Lex quoque hanc formam actus introduxit. Brunnem. *ad l. 27. n. 6.*

C. de

C. de donat. Nemo autem poteſt legibus certam ſolennitatem in actibus hominum requirentibus renunciare & facere, quo minus leges locum habeant. *l.* 55. *ff. de legat.* 1. Richter. *Dec.* 22. *n.* 62. Quæritur etiam, an *L.* 8. *C. de revoc. donat.* pater renunciare poſſit? Pater quidem in ſui, ſed non liberorum præjudicium valet renunciare, quo minus hi legitimam ſuam conſequantur juxta communem Dd. opinionem. vid. Perez *in C. de revoc. don. n.* 2. Carpzov. 2. 12. 33. *n.* 5. Faber. *in C. L.* 8. *T.* 36. *D.* 5. *n.* 3. Quamvis juramentum accedat, nihilominus ſalvum eſt beneficium liberis ex querela donationis inofficioſæ. Brunnem. *ad L.* 8. *C. de don.* juramentum enim non firmat renunciationem in præjudicium tertii. Gail. 1. *obſ.* 40. *n.* 12. Porro ſi compaſcuum induxerit conſuetudo aut neceſſitas, ut ſervitus mutua conſtituta eſſe videatur, tunc eidem non poteſt renunciari ab alterutro. Lyncker. *in Analect. ad S.* Struv. *jur. civ. L.* 8. *T.* 3. *th.* 36. Quia antiqua conſuetudo illud jus compaſcui ſic firmavit, ut deinde unius contraria voluntate aliis auferri non debeat. Mev. 3. *Dec.* 251. *n.* 5. Herold. *conſil. deciſiv.* 40 *n.* 19. Cum renunciatio ſucceſſionis ſemper ſub ſe tacitam habet conditionem, ſi ſucceſſio renuncianti delata fuerit. Kellenbenz *de ren. ſucceſſ. qu.* 1. *n.* 26. *&* 2 *n.* 22. Unde renunciatio parentum pro ſe & liberis, illis defunctis, quoad nepotes caret effectu: quia hæc conditio deficit, ſucceſſioni enim renunciari non poterit, niſi deferatur. *l.* 94 *ff. de acqu. vel omitt. hered.* & licet jurata ſit, non tamen nepotibus obſtat, Anton. de Petrutia *ad l.* 1. *ff. de jurejur. fol.* 130. *n.* 103. quoniam hæc renunciatio eſt perſonalis, nec magis perſonam renunciantis egreditur quam jusjurandum, quod ad eam confirmandam adhiberi ſolet. *l.* 3. §. *pen. ff. de jur.* Et licet nepotes ſuccedant per repræſentationem, attamen non repræſentant perſonam parentum, ſed gradum. *l.* 73. *ff. de evictión.* Carpz. 2. 35. 11. Neque poſſe maritum uxore defuncta, lucro dotis & bonis mobilibus ex diſpoſitione jur. Sax. ſibi delatis in præjudicium creditorum & commodum liberorum renunciare ſtatuit Carpz *p.* 2. *Dec.* 161. *n.* 21.

§. XXII.

Quoniam hodie jurisdictiones ſunt in patrimonio, & judex percipere poteſt ſportulas, dum etiam onera ob jurisdictionem ferre debet,

debet, hinc partes litigantes foro competenti absolute & simpliciter renunciare nequeunt. Struv. *Ex.4.th.59.* Gail. 1.*obs.*40. adeo ut avocari possint mandatis pœnalibus. Stryk. *in Introd. ad prax. for. c.5.* §.17. Franzk. 2. *resol.* 17. *n.* 95.96. Foro enim quisque suo relinquendus est. Mev. 1. *dec.* 144. *n.* 12. Neque etiam clausula illa generalis: daß man mich aller Orten und Enden fürzunehmen Macht haben soll, privilegium excludit, sed ad forum competens restringitur. Stryk. *in Diss. de caut. abund. in process. c.* 1. *n.* 11. Mynf. 1.*obs.*88. Sic etiam Clerici privilegio fori de jure Canon. ipsis concesso renunciare nequeunt. *C. si diligenti.* 12. *X. de for. compet.* Brunnem. *ad auth. nullus.* 6. *de Episc. & Cler.* quia hoc privilegium toti Ecclesiasticorum ordini publice in honorem sacri ministerii est concessum. vid. Perez *in C. de Episc. & Cler.* Brunnem. *ad L.* 51. *n.* 3. *cit. Tit.* ubi aliam habet rationem. Sic etiam vasallus jurisdictioni Domini inviti in controversiis feudalibus renunciando se subtrahere nequit; Struv. *in Synt. jur. feud. c.* 16. §. 4. & 5. de facili enim posset fieri collusio & privare Dominum sua proprietate vel jurisdictione, quam habet respectu feudi. Robert. Maranth. *in spec. aur. p.* 4. *n.* 25. *p.* 172. Studiosi quoque foro suo privilegiato renunciare haud possunt: etenim non personale est privilegium, sed toti universitati datum, in cujus præjudicium non procedit renunciatio. Richter *ad auth. habita. C. ne filius pro patr. p.* 158. Nemo autem privilegio, quod non ipsius favore sed ordinis datum est, renunciare valet. Brunnem. *ad l.* 3. *n.* 2. *C. de Advocat. divers. jud.* Deinde etiam Procuratores absque speciali mandato nihil agunt. Brunnem. *ad l.* 16. *n.* 5. *C. de Procurat.* Carpz. *l.* 3. *Tit.* 1. *R.* 11. *n.* 12. (2.) Seniores collegii collegio ceterisque collegis appellationi renunciando nil nocent. Mev. 8. *dec.* 3. (3.) Princeps in præjudicium subditorum appellationi renunciare non potest. Ruland. *de Commiss. p.*4. *l.* 8. *c.* 13. *n.* 23. (4.) Litis consorti invito altero consorte & cum incommodo ejus liti communi renunciare non permissum. Mev. 8. *dec.* 215. (5.) Si Major pars liti renunciet, ceteros illa renunciatio non tenet, quando talis est causa, quæ singulos onerat. Lyncker. *in Analect. ad S. Struv. jur. Civ. l.* 3. *T.* 4. *th.* 39. (6.) Vasallus absque agnatorum approbatione feudo antiquo seu paterno in ipsorum præjudicium frustra renunciat, vid. *pr.* 2. *feud.* 39. quia jus succedendi competit ipsis beneficio primi concedentis Domini, & primi

acquirentis vasalli, quod ipsis invitis auferri nequit, Struv. *in Synt. jur. feud. c. 3. §. 3. n. 3.* (7.) Huc pertinet qu. an Rex in præjudicium liberorum regno renunciare possit? distinguit Grot. *de J. B. & P. L. 2. c. 7. §. 26.* inter successionem hereditariam & linealem, quoad hanc negat. (8.) Princeps juri, quod ad patrimonium Reipubl. spectat, renunciare prohibetur, quo pertinent bona domanialia, quorum renunciatio invalida: quia destinata sunt ad sustentanda Reipubl. aut principalis dignitatis onera, & quoad proprietatem spectant ad Remp. non ad Imperantem; unde is absque consensu Reip. non potest illa alienare. vid. Stryk. *in Disp. de salv. jur. Princ. c. 1. n. 26.* Springsfeld. *de Apanag. cap. 7. n. 31.* De Domaniis Regni German. vid. Bruckn. *in tract. de domaniis cap. 9. §. 2.*

§. XXIII.

VII. Idem statuendum, si post renunciationem paret ratio, e. g. in renunciatione exceptionis non numeratæ pecuniæ, quæ fit initio contractus, & est invalida. Stryk. *in Disp. de caut. abund. in contr. c. 3. n. 2.* Carpz. 1. 32. 65. *n.* 5. Zanger. *de except. p. 3. c. 14. n. 70.* quoniam eadem facilitate quis potest induci ad renunciandum, qua ad confitendum, licet numeratio non fuerit facta. Struv. *Ex. 16. th. 53.* Mev. 2. *Dec. 22. n. 7.* Richt. *Dec. 21. n. 21.* Lauterb. *in Coll. Theoret. pract. de rebus cred. th.* 86. plures rationes vid. ap. Brunnem. *ad L. 3. n. 7. C. de non num. pec.* Perez *in C. n. 19. eod. tit.* Schneidew. *ad Inst. de lit. obl. n.* 19. Neque jurata renunciatio valet, cum juramentum etiam jure Canon. non obligat, quando res ipsa in eo statu non perficitur, aut per illud iniquitati ansa præbetur, Lyncker. *in Analect. ad S. Struv. jur. civ. L. 12. th.* 53. Et licet juram. actum non validum aliquando confirmare possit, tamen non potest efficere, ut quod non extitit per rerum naturam, existat: aut ut numeratio, quæ facta non esse probatur, facta sit. vid. Schilter. *in Ex. ad ff.* 22. §. 32. Hoc etiam valet in renunciatione condictionis indebiti ab errante facta. Daln. *de ren. c. 2. n.* 35. Etenim idem error est in renunciatione, qui est in principali solutione, utut per errorem indebite solvitur, ita & indebite renunciatur. Struv. *Ex. 18. th.* 42. Sed si circumstantiæ monstrant, quod adfuerit animus donandi, valida est renunciatio. Pari

modo

modo præjudicium renuncianti non parit renunciatio recognitionis. Carpz. 1. 17. 23. Scriptura enim privata nunquam fidem facit plenam pro scribente, nisi recognitio accedat, quæ confessionem demum operatur. vid. *l. 5. & 6. C. de probat.* Struv. *Ex.* 28. *th.* 25. Carpz. *in processſ. T.* 14. *Art.* 2. *n.* 73. Mev. 4. *dec.* 391. *n.* 4. Fallax enim creditor eodem dolo, quo scripturam falsam pingere, recognitionis quoque renunciationem subjungere posset. Stryk. *in Disp. de Caut. abund. in contract. c.* 3. *n.* 36. Respectu pupilli & minoris irrenunciabilis est restitutio in integrum. *l.* 39. & 41. *ff. de min.* 25. *ann.* Ne pupilli decipiantur & tertius cum damno minoris in lucro versetur. *l.* 18. *ff. de dol. mal. l.* 22. *ff. ex quibus cauſ. maj.* Hinc contra expressam renunciationem restituuntur, Brunnem. *ad L.* 1. *C. de in integr. rest.* nec juramentum aliquid operatur, si minor ab adversario dolo fuerit circumventus. *l.* 3. §. 1. *ff. de min.* Carpzov. 2. 11. 50. *n.* 3. Gail. 2. *obſ* 65. quia alterius dolus in errorem ducit; Struv. *Ex.* 8. *th.* 16. error autem omnem excludit consensum *l.* 15. *ff. de jurisdict.* quem juramentum supplere nequit. Setser. *de juram. L.* 1. *c.* 8. *n.* 14. Et hanc esse communem Dd. opinionem dicit Caroccius *de remed. contra præjud. sent. except.* 48. *n.* 35. Deinde exceptioni simulationis si quis renunciasset in eodem instrumento, non obstante renunciatione eam opponere potest, Brunnem. *ad L* 2. *n.* 8. *C. de his quæ vi metusve.* Licet accesserit juramentum; Stryk. *in diſſ. de caut. abund. in contract. c.* 3. *n.* 35. jurare enim de servando contractum simulatum, perinde est, ac si juretur servare nihil, & renunciare exceptioni simulationis, habetur pro eo, ac si renuncietur aeri, qui vento agitatur, vid. Herold. *consil. decisiv.* 27. *n.* 75. Huc pertinet etiam renunciatio exceptionis fraudulentæ persuasionis, quæ itidem non valet. vid. *l.* 15. *ff. de condit. Inst.* Stryk. *in disp. de jure persuaſ. c.* 3. *n.* 42.

§. XXIV.

VIII. Juribus prohibitoriis & solennitatibus à jure positivo ad actum pro forma introductis renunciare non est permissum. *argum. l.* 27. *ff. de Reg. jur.* Stryk. *de caut. contract. sect.* 1. *c.* 5. § 16. forma enim dat esse rei, Carpzov. *in processſ. T.* 6. *A.* 1. *n.* 18. qua sublata omnis tollitur effectus. Myns. 1. *obſ.* 91. Sic testatori solennitatibus

testamenti renunciare non licet. *l.* 45. *ff. de R. jur.* Brunnem. *ad L.* 18. *C. de testam.* Richt. *Dec.* 22. *n.* 62. Quia ista formalia tendunt in favorem publicum, ad hoc scilicet, ne falsitates committantur. *l.* 29. *in fin. C. de testam.* vid. Rob. Marant. *spec. aur. p.* 2. *n.* 42. *p.* 10. Hinc nemo potest facere ne leges locum habeant in suo testamento. *l.* 55. *ff. de leg.* 1.

§. XXV.

IX. Invalidæ porro sunt renunciationes ob singularem favorem renunciantis aut odium ejus, qui renunciationem exegit: E. g. non valet transactio super his, quæ pendent ex testamento, nisi inspectis & cognitis testamenti verbis. *l.* 6. *&* 12. *ff. de transact.* Gail. 2. *obs.* 139. *n.* 9. Ita nec renunciatio, cum magnam inter se habeant affinitatem. Sic personas miserabiles privilegiis pro se introductis haud rite renunciare tradunt Treutl. *vol.* 1. *D.* 3. *th.* 10. Schrœder. *in Disp. de ren.* §. 27. & in specie privilegio. *l. un. C. quando Imper. inter pup. vel vid.* Brunnem. *ad cit. l. n.* 16. Sed hoc non sine limitatione admittendum. Quamvis beneficium Cedendarum actionum ob specialem renunciationem opponi nequeat, tamen renunciationis effectus adeo non est extendendus, ut fidejussor plane recuperare nequeat quod solvit: Etenim hæc renunciatio hoc solum operatur, ne hac exceptione executio retardari possit. Facta ergo solutione ulterius non obstat renunciatio, quo minus fidejussori petenti cedi actiones debeant adversus principalem debitorem & confidejussores pro repetitione ejus, quod expendit, quia summa æquitas exigit, ut creditor fidejussori jus suum cedat, quod sibi non nocet & illi prodest. *l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. pluv. arcend.* Carpzov. 2. 17. 17. Huc spectat etiam evictio, cui quidem in in tantum renunciari potest, ne venditor id quod interest præstare teneatur; non tamen liberatur per renunciationem à restitutione pretii, *l.* 6. *&* 11. *in fin. ff. de action. emt.* Struv. *Ex.* 21. *th.* 34. Mev. 8. dec. 44.

§. XXVI.

X. Denique invalidæ sunt renunciationes propter voluntatem legislatoris: sic renunciatio domicilii naturalis vel originis de jure Rom.

Rom. est nullius momenti. *l.4. C. de municip.* Carpzov. 2. *Resp.* 21. *n.*8. Struv. *Ex.* 50.*th.*49. Hodie autem originalis domicilii effectus generali consuetudine sublatus, vid. Brunnem. *ad l.* 3. *n.* 12. *C. cit. tit.* Zanger, *de except. p.* 2. *c.* 1. *n.* 75. si alibi domicilium habitationis quis sibi statuit, Carpz. *Proc. tit.* 3. *art.* 1. *n.* 12. Cum etiam dos jure Civ. in re immobili consistens statim sit restituenda, mobilis vero intra annum, uti apparet *ex L. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* Struv. *Ex.* 30. *th.* 57. inde huic juri mulier renunciare haud potest, ut nempe dos immobilis non statim reddatur post solutum matrimonium. vid. *l.* 14. & 17. *ff. de pact. dotal.* Multo minus mulier in pactis dotalibus renunciare potest doti, ut illam plane nolit repetere, si maritus ante ipsam moriatur. *l.* 2. *ff. de pact. dotalib. l.* 1. *ff. sol. matrim.* Brunnem. *ad L. un. n.* 7. *C. de rei uxor. action.* Giphan. *de ren. c.* 2. *p.* 29. Porro invalida est renunciatio facultatis liberæ testandi. *argum. l.* 15. *C. de pact.* Matth. de Afflict. *Dec.* 350. *n.* 9. Neque juramento obstringi quisquam potest, ut testamentum non faciat. Daln. *de ren. cap.* 12. *n.* 9. Id dicendum de renunciatione potestatis testamenti mutandi, vid. Carpz. 3. 5. 19. cum nemo eam legem sibi dicere possit, ut non velit recedere à priori voluntate. *l.* 22. *ff. de leg.* 3. Stryk. *in Disp. de for. conscient. c.* 4. *n.* 15. Richter. *Dec.* 26. *n.* 10. Herold. *cons. decisiv.* 34. *n* 49. Brunnem. *ad L.* 15. *n* 3. *C. de pact.* Licet prius testamentum juramento corroboratum, nihilominus posterius valet. Struv. *Ex.* 32. *th.* 38. Stryk. *in diss. de consc. part. in jud. c.* 5. *n.* 83. Quia juramentum non est aliquis modus de illis, per quem de jure testamenti factione activa quis privatur, nec enim jure cautum reperitur testari non posse, cum non enumeretur inter personas testari prohibitas. vid. Humb. de Boneneo *ad auth. sacramenta C. si advers. vendit. fol.* 317. *n.* 69. Plures rationes vid. ap. Brunnem. *ad L. final. C. n.* 7. *de non num. pecun.* Schulze *in diss. de condit. juram. c.* 2. §. 70. Considerandæ hic veniunt renunciationes invalidæ circa successionem occurrentes. Et quidem jure Civ. non est permissum, futuræ successioni renunciare, quia jus Roman. pacta de succedendo vel non succedendo improbat per *L. ultim. ff. de suis & legit. l.* 3. *C. de collat. l.* 94. *de acquirend. hered.* vid. Struv. *Ex.* 6. *th.* 44. Petr. Theod. *in diss. de pact. success. th.* 8. *lit. a.* Carpzov. 3. 5. 2. Nec jurata renunciatio valet, ubicunque enim pactum à LL. improbatur, ibi nec juramentum admittitur. *l.* 5. *C. de LL. l.* 7. §. 16. *ff. de pact.*

Gail. 2. *obs.* 125. *n.* 2. Hodie vero ex jure Canon. jurata renunciatio non est invalida. vid. Lyncker. *in Analect. ad S. Struv. jur. Civ. Tit. de pact. th.* 44. Perez, *in C. de Tit. n.* 21. Quare invalidum est filiæ pactum, quo accepta dote, paternæ hereditati renunciat, nam, non obstante renunciatione, filia hereditatem paternam, collata dote, potest petere. *l.* 3. *C. de collat.* Perez. *cit. loc. n.* 19. Quid vero? si filia cum juramento renunciavit? Distinguunt Doctores, utrum enormiter fuerit læsa, an non; priori casu non valere renunciationem quidam affirmant, Gail. 2. *obs.* 147. Mev. 3. *decis.* 273. Kellenbenz *de Renunc. succ. q.* 42. quidam negant, Carpz 2. 35. 4. Struv. *Ex.* 38. *th. ult.* Posteriori autem casu plerique consentiunt, quod de jure canonico valida sit renunciatio. Quod de filia dictum est in casu enormis læsionis, ad filii quoque & parentum renunciationem applicari potest, si postea constat, quod in renunciatione non tantum acceperint, quantum facit legitima. Cæterum notandum, quod in hæreditate, cui renunciatum, non censeantur includi res expeditoriæ, ad Geradam pertinentes, Rechtenb. *in disp. de juram. promiss. & confirmat. n.* 81. bona feudalia, Struv. *Ex.* 38. *th.* 50. nec lucra, quæ liberis ex pœna parentum ad secunda vota transeuntium obveniunt, Joh. de Sarronibus *ad l.* 3. *C. de secund. nupt.* Gail. 2. *obs.* 98. *n.* 10. Kellenb. *c. l. qu.* 32. *n.* 4. Huc spectat quoque renunciatio usufructus quoad alium quam proprietarium, quæ prorsus invalida per *l.* 66. *ff. de jur. dot.* Commoditas percipiendi fructus alteri quidem cedi potest. *l.* 12. *ff. de usufr. & l.* 38. *&* 67. *ff. eod.* Videtur enim tunc usufructuarius mediante persona cessionarii uti frui. Carpz. 1. 32. 21. *n.* 5. Ipsum tamen jus utendi fruendi, quod personale est, alteri cedi nequit. Schneidew. *ad §. ult. Inst. de usufr. n.* 8. Schnobel. *ad ff. disp.* 6. §. 12. Sicut vidua fundum, in quo dotalitium habet, alienare prohibetur; quia præjudicat proprietati *l.* 22. *C. de jur. dot.* Ipsum tamen dotalitium alicui locare potest. Carpz. 2. 42. 9. Sed hic quæritur: an testator usufructuario cautionem de utendo fruendo boni viri arbitrio remittere possit? negatur, vid. *l.* 7. *C. ut in poss. legat.* Struv. *Ex.* 12. *th.* 79. Brunnem. *ad L.* 1. *C. de usufr. & habit.* Perez. *in C. ut in poss. legat. n.* 6. Hic quoque silentio non prætereundum, quod filiusfam. in patria potestate constitutus exceptioni SCti Macedoniani renunciare nequeat. vid. Struv. *Ex.* 20. *th.* 59. Perez *in C. de SCt. Maced. n.* 17. Carpz.

3. *Dec.*

3. *Dec.* 266. *n.* 7. Stryk. *in disp. de caut. abund. in contr. c.* 3. *n.* 20. Schnobel. *ad ff. disp.* 9. *th.* 21. Brunn. *ad L. ult. n.* 7. *C. ad SCt. Mac.* de Jena *in tr. de SCt. Mac. sect.* 7. §. 2. Zanger. *de Exc. p. ult. c.* 10. *in fin.* Et hæc est communis Dd. opinio teste Fach. 2. *contr. c.* 62. ubi eam contra Zasii argumenta latius propugnat; An autem jurata renunciatio valeat, multum disputant Dd. quorum diversas sententias Fachin. *d. l.* refert; nobis placet Struvii sententia *Ex.* 17. *th.* 23. quod non valeat jurata renunciatio, quando fraus fœneratoris subest, vel pecunia male impensa vel in perniciem Patris exactio tendit. Idem dicendum de Principum filiis, vid. Schilter. *in Exerc. ad ff.* 27. §. 77. ubi recenset Connanum, Barbosam, & Lauterbachium dissentientes.

§. XXVII.

Variæ dantur diversiones renunciationis; sed missis aliis duas solum, quæ magnum in præsenti materia habent usum, considerabimus; & primam quidem, qua renunciatio dividitur in juratam & simplicem. Juratæ peculiares tribuuntur effectus. (1.) Quod sæpe renunciationem, quæ alias de jure civili non valet, reddat de jure canonico validam ob textus *c. cum contingat.* 28. *X. de jurejur. & c.* 2. *de pact. in 6to.* qui licet agant de casibus specialibus, quia tamen adjectam habent rationem generalem, Doctores & potissimum Canonistæ eos extendunt quoque ad alios casus. Ratio generalis hæc est: Quod juramenta, sine dolo & vi sponte præstita debeant servari, si non tendunt in præjudicium alterius, nec observata vergunt in dispendium æternæ salutis. Sed hic distingui deberet forum conscientiæ internum ab externo; in hoc merito regula obtinet, supra adducta, quod quis juri pro se introducto possit renunciare; quia vero legislatores suas habent rationes, cur hanc vel illam renunciationem statuant invalidam, in foro externo non deberet admitti, ut optimis salutaribus legibus & civilibus per juramentum fraus posset fieri. Equidem magna vis est jurisjurandi, sed non tanta ei debet tribui, ut in foro externo actus, quos legislator ob prægnantes rationes pro nullis & invalidis declarat, reddat validos, sic enim contingit, ut religio nulla re magis lædatur, quam prætextu religionis, cum improbi homines inde sumant occasionem, alios, præsertim in angustiis constitu-

ſtitutos, obligandi & lædendi. Fateor, eſſe malum aliquod, in foro externo admittere, ut quis agat contra juramentum, & fiat perjurus, ſed majus malum eſt, portam aperire tot incommodis, ad quæ vitanda legislatores ſtatuerunt actus quosdam invalidos; eo ipſo etiam, dum Pontifices in citatis conſtitutionibus juſtum putarunt, ut juramenta non deberent ſervari, ſi vergerent in præjudicium vel detrimentum alterius, ſolide probamus, non debere quoque in foro externo actus, quos jus civile in favorem miſerorum vel odium improborum hominum vel aliam juſtam cauſam pro invalidis declarat, propter adjectum juramentum indiſtincte pro validis haberi, quoniam alias maximum creatur præjudicium legibus ſalutaribus, & perſonis miſeris, in quarum fraudem adhibetur juramentum. E. gr. in alienatione rerum dotalium, de qua Pontifex agit in citato *cap. cum contingat. X. de jurej.* Deinde ſi in foro externo non tanta tribueretur efficacia juramentis, ut poſſent actus, de jure civili invalidos reddere validos, pauciſſima adhiberentur juramenta, & ſic pauciſſima metuenda forent perjuria. Rectius igitur obtineret, ut in foro externo ſolum conſcientiis obſervantia juramentorum inculcaretur, & in foro externo jurantes per cenſuram eccleſiaſticam non cogerentur ſervare juramentum, quod actui de jure civili invalido eſt adjectum. Vel, ſi legislatores vellent certos quosdam actus de jure civili nullos ob juramentum habere pro firmis, conſultum omnino foret, ut actus illi determinarentur. Dici enim non poteſt, quot controverſias & diſputationes pepererint illæ conſtitutiones canonicæ, dum quidam Doctores hanc vel illam renunciationem ob generalem juris canonici rationem ſtatuunt validam, alii ob aliam cauſam contendunt eſſe invalidam, uti videre poſſumus apud Canoniſtas ad *d. c. cum contingat.* Gutierez *in tract. de juramento confirmatorio*, Rechtenbachium *in diſp. Inaugur. de Vi & efficacia juramenti promiſſorii*, aliosque Doctores, quos hi magno numero citant.

§. XXVIII.

(2.) Quod juramentum ob ſanctitatem & religionem ſuam efficiat, ut propter metum perjurii debeamus late interpretari renunciationem: Dauth. *in expoſ. c. quamvis. in 6to. n. 107.* quæ tamen alias

ſtricti

stricti juris est, & strictissime venit explicanda; Stryk. *de caut contract. sect.* 1. *c.* 5 §. 9. Carpz. 1. *decis.* 58 *n.* 13. quamvis alii Doctores hic contradicant, & asserant, quod juramentum actum non augeat extensive, sed intensive, Oldrad. *cons* 294. Roman. *cons.* 269. Alex. *cons.* 37. *lib.* 2. Ægid. Bellam. *cons.* 24. *n.* 10. Card. Tusch. *lit. I. conclus.* 507. quoniam juramentum sequitur naturam actus, cui est adjectum, & omnes illius contractus conditiones recipit. Setser. *de juram. l.* 1. *c.* 26. *n.* 12. Brunnem. *ad l. ult. n.* 6. *C. de non numer. pecun.* Ut in hac Doctorum dissensione nostram explicemus sententiam, statuimus (*a*.) si juramentum sit adjectum magis ex Notarii consuetudine, quam ex partium voluntate; (*b*.) si aliæ circumstantiæ ostendant, quod renuncians, si casus hic specialis fuisset propositus, suo beneficio præsumtive non renunciasset, vel (*c*.) si miserationem potius mereatur renuncians, quam adversarius ejus, sane in foro externo magis restringi quam ampliari debent juramenta, quoniam hic cessat præsumtio perjurii, & juramentum eam nunquam admittit interpretationem, quæ jurantis consensum quoquo modo excludit. vid. Struv. *Ex.* 17. *th.* 82. *n.* 5. Zœs. *de jurejur. n.* 87. Possunt tamen judices admonere renunciantes, ut, quando hi sciunt, vel ad minimum dubitant, an non renunciassent, si hunc specialem casum, de quo lis est, scivissent, potius damnum ferant, quam contra conscientiam, etiam dubiam agant. (3.) quod jurata renunciatio à minoribus adhibita impediat restitutionem in integrum per *Auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit.* quæ in simplici renunciatione potuisset peti. Quæritur an juramentum negotiis minorum, ipso jure invalidis, robur addat? Distinguit Struv. *Ex*, 8. *th.* 54. inter invaliditatem dependentem vel ab ætate minori, vel ex aliis defectibus, in priori casu robur addere, in posteriori non. Unde dicunt Doctores, quod juramentum ex minore faciat majorem. Lyncker. *in Analect. ad ff. lib.* 4. *tit.* 4. Brunnem. *ad l.* 1. *C. si advers. vendit. n.* 6. An perinde etiam ex prodigo facit non prodigum? De jure civili non. Struv. *Ex.* 17. *th.* 15. Quid de jure canonico & praxi fori sit statuendum, non conveniunt Doctores. conf. Stryk. *disp. de diff juris civil. & canon. decad.* 8. *diff.* 8. & Rechtenb. *de ineffic. juram promiss. n.* 113. Gutierez *de juram. confirm. p.* 1. *c.* 34. (4.) Quod non admittat tacitas conditiones. Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *c.* 13. §. 3. Sed huic sententiæ accedere non possumus; Sic, qui jurato renuncia-

vit matrimonio, videtur tacitam fovisse conditionem, si dono continentiæ fuerit præditus; alias enim se ad moraliter impossibile obligasset. Eodem modo jurata appellationis renunciatio non obstabit, quo minus ob denegatam justitiam iri possit ad superiorem: *Mev. 1. decis.* 147. necessariam tamen hic esse relaxationem juramenti quidam contendunt. Gail. 1. *obs.* 23. In dubio etiam, an hæc vel illa tacita conditio fuerit intellecta, non statim affirmativam sequi debemus, ne hoc pacto vis juramenti eludatur, & agatur contra conscientiam. (5.) Quod habeat effectum certiorationis; sed hoc quomodo procedat, videndum. Cum jus civile expresse non requirat certiorationem ad validitatem renunciationis, inde nonnulli statuunt, illa non esse opus, adeo, ut etiam valida sit simplex renunciatio, licet non fuerit facta certioratio; Hinc Richard. & Raph. *ap. Tiraquell. tom. 6. ad l. si unquam. C. de revocand. donat. in præfat. n.* 100. putant renunciationem SCti Vellejani validam esse, quamvis nulla præcesserit certioratio. Rationes illorum forte sunt, quas recenset Mascardus *de prob. concl.* 1080. *n.* 26. 27. Plerique tamen Doctores contrarium tuentur, quorum etiam sententia in praxi est recepta. Struv. *Ex.* 21. *th.* 10. Gail. 1. *obs.* 77. Stryk. *de caut. contr. sect.* 2. *c.* 6. §. 3. Perez. *in C. de SCt. Vellej. n.* 23. Hering. *de fidej. c.* 7. *n.* 477 *Carpz.* 2. 16. 19. Berlich. 2 *concl.* 21. Præter mulieres debent certiorari rustici, milites & minores de jure vel beneficio, cui renunciandum, vid. Dalner. *de ren. c.* 1. *n.* 10. Tiraquell. *cit. loc. n.* 101. 102. quia verisimiliter hæ personæ jura possunt ignorare. Coler. *processf. Execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 439. Expedita autem regula est, juri ignoto nemo renunciat per *l.* 19. *ff. de inoff. testam.* Gail. 2. *obs.* 4. *n.* 2. Brunnem. *ad l.* 22. *n.* 7. *C. de furt. & serv. corrupt.* Modo minorem quod attinet, non fuerit Juris Doctor, nam talis circa ea, quæ sunt juris, non restituitur. Struv. *Ex.* 8. *th.* 55. Hoc etiam extendendum ad alias personas v. g. opifices & illos qui neque scribere neque legere possunt, nam & masculis patrocinatur juris ignorantia in damnis vitandis *l.* 22. *ff. de condict. indebiti, & l.* 8. §. 1. *ff. de jur. & fact. ignorant.* Struv. *Ex.* 27. *th.* 54. In renunciationibus autem communiter agitur de damno vitando. Coler. *cit. loc. n.* 437. Eadem quoque est ratio in his personis, quæ in fœminis: nam quod mulieres debeant certiores fieri, & absque certioratione earum renunciatio sit nulla, quantum scio, LL. civilibus sancitum non est, sed solummodo

Dd.

Dd. requirunt certiorationem in SCto Vellej. Jam vero ratio hujus assertionis sola esse non potest, quod fœminæ jura nesciant, quoniam hoc in genere illis haud concessum, sed tantum in casibus in LL. civilibus expressis per *L. ult. C. de jur. & fact. ignor.* Non solum igitur fœminas, milites & rusticos certiorandos esse puto, verum etiam alias personas, si cum his contrahendum, ad evitandas inposterum omnes lites, ne hac non facta, obstaret postea exceptio non factæ certiorationis. Dauth. *ad c. quamvis de pact. in 6to. n.* 149. Sub his tamen non intelligo illos, qui juris sunt periti, quales sunt studiosi juris, Practici, Licentiati, Dd. ubi enim expresse & specialiter alicui beneficio renunciarunt, sicuti turpiter, ita & nulliter ignorantiam prætendunt, & ad omissam certiorationem provocant. An autem reliqui literati præsertim in dignitate constitui, certioratione & declaratione jurium, quibus renunciandum, prius opus habeant? negantium opinio videtur probabilior, cum ejusmodi personæ, ut plurimum majori intellectu præditæ, verba, quæ in contractibus & renunciationibus usurpant, probe expendere, &, quid in recessu habeant, explorare soleant.

§. XXIX.

Quod jam attinet quæstionem: An jurata renunciatio habeat effectum certiorationis? Signorolus, Fulgosius, Bolognetus, Jason, & alii negativam tuentur sententiam, putantes etiam in casu quo juram. intervenit, certioratione opus esse, ut referunt Mascard. *de probat. conclus.* 1080. *n.* 22. & Thomas Grammat. *Decis.* 76. *n.* 70. Alii tamen affirmativam fovent opinionem, uti Struv. *Ex.* 21. *th.* 10. Stryk. *de caut. contr. sect.* 1. *c.* 5. §. 8. (qui distinguit.) Hering. *de fidej. c.* 7. *n.* 507. Gail. 2. *obs.* 77. *n.* 10. Cui sententiæ etiam subscribo, tum, quod juramentum inducat præsumtionem, in re tanti momenti præcessisse certiorationem, de qua ad minimum jurans fuit solicitus, tum quod jusjurandum enixam ostendat voluntatem, ut licet renuncians ignoraverit suum beneficium, præsumatur tamen renunciasse, si scivisset, quia juravit; etenim ad jurisjurandi interpositionem majori deliberatione, quam ad renunciandum pervenitur, vid. Franzk. *libr.* 2. *resp.* 4. *n.* 36. Interim pro cautela hic tradit Hering. *cit. l. n.* 510. quod etiam

Digitized by Google

in jurata ren. ad tollendum omnem ſcrupulum ſit conſultum adhibere certiorationem.

§. XXX.

Cum igitur mulier absque certioratione SCto Vell. renunciare nequeat, oritur inde nova quæſtio circa certiorationem, an Notario ſit credendum, ſi in Inſtrumento poſuit factam fuiſſe certiorationem? Non eſt credendum ſi probetur, ipſum Notarium, qui dicit ſe mulierem certiorem feciſſe, ignorare, quid ſit tale beneficium, Maſcard. *de probat. concluſ.* 1080. *n.* 20. Unde tradit cautelam Hippol. de Marſil. *de fidejuſſ. n.* 36. quod judex ex officio interroget Notarium, an ipſe intelligat effectum illarum clauſularum, ac ſi is ignoret vel obmuteſcat, tales clauſulæ nullius erunt momenti, ut & inſtrumenti fides vacillabit, quia Notarius non potuit certiorare partes de eo, quod ipſe tunc ignoravit & adhuc ignorat. Hering. *d. l. c.* 7. *n.* 485. ideoque eorum ruditas non debet eſſe præjudicialis partibus. Coler. *c. l. n.* 442. Diſſentientes habet Hering. *cit. loc. n.* 490. Hinc ſtatuunt Dd. ejusmodi Notarios incurrere crimen falſi, quia ſcribunt id factum eſſe, quod tamen vere factum non eſt. Hering. *cit. loc. n.* 484. Non vero hoc caſu Notarium ut falſarium puniri poſſe arbitror, cum potius ex culpa quam dolo omiſiſſe videatur certiorationem, dum juxta formularia Notariorum clauſulas apponere ſoleat: Unde Notarius tenetur propter ſuam imperitiam ad intereſſe parti læſæ. Schneidew. *ad pr. Inſt. n.* 10. *de oblig. quæ ex qs. delict. naſc.* Ipſam certiorationem quod attinet, ſi caute fieri debeat, non ſufficit in Inſtrumento obligationis eam factam eſſe exprimere, verum quoque conſultum eſt, vel adhibere teſtes, qui de certioratione facta in caſu negationis teſtentur, vel explicationem renunciationum inſtrumento ſtatim ſubnectere.

§. XXXI.

Quæritur hic: An renunciatio ſub formula: **An Eydes ſtatt**, valeat ut jurata? Negat Stryk. *de cautel. ſect.* 2. *c.* 6. §. 5. Ruland. *de commiſſar. p.* 2. *l.* 2. *c.* 9. *n.* 32. quoniam vis religionis illis verbis non ineſt. Lyncker. *in Analect. ad S. Struv. jur. civ. L.* 12. *T.* 2. *th.* 12. Ab hac ſententia diſcedunt Dauth. *Expoſit. l. quamvis. in 6to. n.* 23. Panormitan.

mitan. *in c. ad aures. n. 3. X. quod metus causa.* Verum quod forum attinet externum, negantium opinio verior videtur; jura enim & quidem maxime in his, quæ renunciatione jurata indigent pro actus firmitate, requirunt verum juramentum. Quare hujusmodi formulæ haud sufficit, ubi jusjur. corporale in LL. requiritur. Mev. 1. *dec.* 132. Wesenb. *consil.* 52. *n.* 19. Berlich. 2. *conclus.* 21. *n.* 35. Hinc cautelam tradit Stryk. *de cautel. sect.* 1. *c.* 5. §. 17. ut renunciationibus jurium subjiciatur clausula, **So wahr mir GOtt helffe.** quæ hodie ab omnibus pro juramento accipitur. Carpz. 2. 16. 6. *n.* 7. Quid autem statuendum de illis formulis, **bey Fürstlichen, Gräflichen, Herrlichen oder Adelichen Ehren, Treuen und Glauben,** an scil. ejusmodi formulæ sint juramenta? Negat Struv. *Ex.* 17. *th.* 11. Ames. *de consc. l.* 4. *c.* 22 *q.* 3. *n.* 16. Zœs. *de jurejur. n* 13. affirmat Gail 2. *obs.* 59. Hering. *c. l. c.* 27. *n.* 298. Unde etiam ad Principes ac Nobiles Germaniæ mos persuasit, ut loco juramenti corporalis fidem obligarent suam, **bey Fürstlichen, Gräflichen, Adelichen Treuen und Glauben.** vid. Schilter. *in Ex. ad ff.* 23. §. 24. Quod etiam in Comitiis anno 1555. quoad Principes fuit approbatum. vid. *Rec. Imp.* §. 58. Et ita esse judicatum in Camera testatur Myns. 1. *obs* 17. Ruland. *cit. loc. n.* 41. Ut & in foro Sax. communi dicit Schilter. *cit. loc.* Richter. *p.* 2. *cons.* 268. Alii tamen præsertim in Electoratu Saxon. formulas hasce personarum principalium, Illustrium, generosarum, nobilium, juramentis non æquiparari existimant. Carpz. 2. 16. 5. Berlich. 2. *conclus.* 21. *n.* 39. Wesenbec. *in paratit. ff. de jurejur. n.* 6. Quicquid sit de jur. Saxon. in Imperio tamen nostro Principes & Comites pro Privilegio suæ dignitatis habent, quod promissionibus per suam dignitatem factis tantum debeat tribui, quantum veris juramentis. vid. Ruland. *c. l. p.* 2. *l.* 2. *c.* 11. *n.* 49. An vero hoc privilegium competat etiam Doctoribus aliisque personis honestioribus, valde dubito, quia cessat ratio, ob quam Principibus & Comitibus hoc concessum, de qua ratione vid. Rutger Ruland. *cit. loc. n.* 290. Cujus tamen sententiæ accedere haud possum, cum non solum in reliquis, sed & in fidei promissæ datæque observantia plurimum discriminis inter illustres & alias personas merito esse debeat. vid. Hering. *cit. loc. n.* 303.

§. XXXII.

Deinde renunciationem Dd. distinguunt in generalem, subalternam seu specialem & specialissimam. Carpz. 2. 17. 1. Hering. *de fidej. c.* 17. *n.* 41. Generalis est, si quis dicit: Renuncio omnibus beneficiis; subalterna seu specialis est e. g. Renuncio omnibus beneficiis, quæ competunt fidejussoribus, specialissima est: Renuncio beneficiis divisionis & excussionis, quæ competunt fidejussoribus. Generalem quod attinet, voluerunt quidam illam esse validam, cum ista generalitas extendatur ad omnia. Nicol. Bœr. *conf.* 30. *n.* 13. Tiraquell. *Tom.* 6. *in præf. n.* 116. Coler. *d. l. n.* 433. (Quæ sententia quoad certas personas e. g. juris Dd. aliosque in jure versatos eatenus non destituitur probabilitate, quatenus ad minimum generalis debeat habere effectum quoad beneficia illius materiæ, in qua renuncians versatur, propria. v. g. si Doctor juris fidejubet & renunciat omnibus beneficiis, quamvis non censeatur cogitasse de omnibus beneficiis, quæ competunt fidejussori qua contrahenti; attamen cogitasse videtur de beneficiis fidejussori qua fidejussori competentibus.) Plerique tamen eam invalidam esse tradunt. Daln. *de ren. c.* 2. *n.* 53. Ruland. *de Commiss. p.* 4. *l.* 6. *c.* 4. Carpz. 2. *Resp.* 73. *n.* 11. Guido Pap. *dec.* 367. *n.* 1. Pro qua sententia etiam faciunt LL. vid. *L.* 4. §. 4. *ff. si quis caution. L.* 1. *in fin. si quis in jus vocat. non ierit.* Rationes habet Coler. *cit. loc. n.* 435. ubi etiam *n.* 443. secundum hanc posteriorem sententiam in Scabinatu Jenensi judicatum esse dicit. Tutior quoque est & humanior. Tiraquell. *loc. cit. n.* 132. & in Electoratu Saxonico recepta. vid. *Constit.* 17. *p.* 2. Quæ constitutio usque adeo procedit, ut licet fidejussor renunciaverit omnibus ac singulis beneficiis juris ac legum, fidejussoribus competentibus, nihilominus exceptionibus fidejussoriis se tueri possit. Berlich. 2. *conclus.* 22. *n.* 15. Hinc cautela plerumque abundans est clausula generalis omnium jurium renunciationis, etiamsi clausulæ: *ut pro expressis habeantur:* vel, *renuncio specialiter juribus dicentibus, renunciationem generalem non valere, nisi specialis præcesserit:* adjectæ fuerint, tamen non intelligitur renunciatum beneficiis specialibus. Stryk. *in Disp de caut. abund. in contract. cap* 3. *n.* 28. Coler. *cit. loc. n.* 275. De subalterna renunciatione non satis constat inter Dd. an illa valida sit? In negativam inclinare videtur. Tiraquell. *cit. loc.*

n. 124.

*n.*124.*&* 150. Alii autem affirmativam tuentur. Coler.*c.l.n.*46. Hering. *c.l.n* 45. Nam sufficere putant quod species privilegii exprimatur secundum suam speciem, non autem secundum suam singularitatem, Coler. *c. l. n.*446. & Wesenb. *conf.* 10. *n.*28. dicit, hanc esse communem omnium Dd. conclusionem. Restringit tamen Stryk. *in Diss. de benef. excuss. c.* 5. §. 4. hanc sententiam ad illum casum, si renuncians certioratus fuerit: quæ sententia imprimis locum habet in rusticis, mulieribus, aliisque personis, quæ jurium non sunt peritæ. Sed quicquid sit de jure civ., in terris Electoratus Saxon. res expedita est, quod scil. subalterna renunciatio ad præscindendas lites sit invalida. vid. Carpz. 2. 17. 1. *n.* 7. Cum de specialissima renunciatione nemo dubitet, quin sortiatur effectum, exceptis casibus supra adductis, illa merito ad præsentem materiam non spectat.

Dissertatio de Joco, Præside JOACHIMO HOPPIO, J. U. D. Francofurti ad Oderam, Mense Junii, Anno MDCLXXXII. ELIAS AUGUSTUS STRYKIUS, Lenz. March.

PRÆFAMEN.

PEccare videbor tibi, Benevole Lector, inter seria Themidos studia, jocos exhibiturus publice. Jocularia enim themata omnino indigna videntur disquisitione Juridica, & Theatrum & scenam potius ableganda. Cathedra quippe Themidos seria tantum, & non nisi Justitiæ culturam spirantia admittit. Verum uti innocuos sales non aspernatur etiam rigidus censor; Nec jocorum venustatem tempestive prolatam fastidire fuerit liberale ingenium; Ita ego quoque rigidum Catonem serias nostras & non jocosas de joco cogitationes vix ægre laturum, confido.

Res

Res ipsa vulgo nota, notam equidem contraxit, adeo ut circa jocos occupari fere semper in vitio positum. Verum & in his, Cicerone teste, adest elegantia, adest urbanitas, adest ingenium. Imo quos gravissima verborum admonitio ad mentem reducere non potuit, haud raro reduxit jocosa oratio. Sæpius omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci. Alii vero, quibus molesta sunt omnia, ut quamcunque amici vocem sinistre interpretentur, ex jocis jurgiorum causam sumunt, parum memores moniti illius Plautini: *Nimis iracundi estis; Equidem hæc vobis dixi per jocum.* Oriuntur ergo etiam de Joco coram Justitiæ tribunali lites gravissimæ, dum alter vel inde injuriarum capit occasionem, alter vero jocosæ liberalitatis nexum prætendit validum, & inde sibi Juris persecutionem natam esse, persuasus est. Ob quem finem speciali Legum sanctione litibus ex joco oriundis occurrendum credidit Jurisprudentia Romana *L. 3. §. 2. ff. de Oblig. & Act. & L. 3. §. 3. ff. de injur.* Non itaque alienam à cathedra Juridica credidi materiam, quam non indignam Legislatione censuit Justinianus. Nec peccasse mihi videor, quod in hac materia primitias Studii Juris, publico sistere constituerim: Id enim operam dedi, ut quæ hactenus in Judiciis serio de Jocis agitatæ controversiæ, eo ordine exponerentur, quem in tradendis Jurisprudentiæ elementis secutus Justinianus. Quapropter huic de Joco non jocosæ tractationi veniam eo faciliorem promittimus, quo magis interest, lites ex jocis oriundas citius finiri, nec omne, quod liberali animo & intentione penitus innocua prolatum, flagitiis annumerari. Non veremur, pro excusando themate nostro, nostra facere, paucis modo mutatis, quæ ad Cæsarem Domitianum quondam scripsit Poëta:

Consuevere jocos vestri quoque ferre triumphi
Materiam dictis non pudet esse ducem.
Innocuos censura potest permittere lusus,
Lasciva haud nobis pagina, justa probat.

CA-

CAPUT I.

De Joco in Genere.

SUMMARIA.

1. *Ingressus.*
2. *An liceat jocari? Rationes Negantium.*
3. *Affirmatur, modo vitetur abusus.*
4. *Rationes sententiæ affirmativæ.*
5. *Joci in sacris & profanis literis probati.*
6. *Refutantur rationes Negantium. Explicatur locus Epist. ad Ephes. V. 4. Adducitur locus Lutheri.*
7. *Non ideo illiciti joci, quod virtutibus non possint annumerari.*
8. *De jocis possunt præcepta tradi.*
9. *In jocando circumstantiæ non negligendæ. In negotiis seriis vitandi joci. Notatur Cicero. Notatur Heliogabalus Imperator.*
10. *Multo magis vitandi in negotiis sacris.*
11. *Verbo divino non abutendum ad jocos.*
12. *Quid si Sacramenta joco collata?*
13. *Unde jocus derivetur?*
14. *Accipitur jocus pro Deo, pro pictura, pro vili re.*
15. *Pro astutia & pro eo, quod animi gratia fit.*
16. *Synonyma joci. Ludus à joco num distinguatur?*
17. *A joco descendit verbum: jocularis. Quid hoc adjective significet?*
18. *Quid, si substantive usurpetur? Jocista quis?*
19. *Quis joculator? An illis debeatur merces?*
20. *A joco derivantur quoque Jocalia.*
21. *Quid sit jocus?*
22. *Cur actus dicatur Urbanitatis?*
23. *Sunt alii liberales, alii illiberales.*
24. *Quotuplices sint liberales?*
25. *Causa jocorum efficiens.*
26. *Materia jocorum.*

27. *Forma jocandi in quo consistat? Non jocandum cum ebrio, nec cum Superiore.*
28. *Finis jocorum.*
29. *An ex joco quis obligetur? Negatur.*
30. *Quid de jure naturali & foro conscientiæ.*
31. *Quid si jocosæ promissioni accesserit Juramentum?*
32. *Ad cognata joci referuntur* 1.) *Parabolæ. Quid de Poetarum figmentis habendum?*
33. 2.) *Mendacium jocosum: An illud permissum?*
34. *Improprie & abusive dicitur mendacium.*
35. *An de Jure Canon. hoc sit permissum?*
36. 3.) *Choreæ. Plura cognata remissive.*
37. *Contraria joci in excessu & in defectu.*

§. I.

NE illotis, ut sic dixerim, manibus, quod nefas atque inconveniens est Cajo JCto *l.* 1. *ff. de Orig. Jur.* protinus ipsam materiam tractationis aggrediar, è re erit monente Ulpiano *l.* 1. *pr. ff. de Just. & Jur. L.* 1. *pr ff. de Reb. Cred.* pauca quædam fundamenti loco præsupposuisse generalia, cum horum evolutio ad ipsius rei provehat notitiam, Reinking. *tr. de retract. consang. quæst.* 1. & tum demum commode res ipsa in tractationem venire possit, si de ea antea satis constet. Cicero. *lib.* 3. *Topic.*

§. II.

Ordinis autem rationem habituro, qui tantopere commendatur *in Nov.* 21. *pr.* ac Baldo *in l.* 2. *ff. de Orig.* Jur. præliminaris quæstio terminanda erit: *An jocari liceat?* ne alias, quod fugiendum existimavit Pontifex. *c. pen. X. de Ordin. cognit.* ordo juris subvertatur. Non desunt hodie, qui jocos ac omnem animi recreationem penitus aversantur, ac quantum in ipsis est, vere non è rebus humanis profligant, fundamentum assertionis suæ ponentes in dicto Christi *Luc.* 6. *v.* 25. ubi condemnantur illi, qui rident in hoc seculo; & Apostoli *Ephes.* 5. *v.* 4. junct. *Coloss.* 4. *v.* 6. *Ephes.* 4. *v.* 29. ubi eutrapelia, quæ circa jocos occupata est, reprehenditur. Quam ob causam

ſam quoque Chryſoſtomus *Homil. 6. in Matthæum* fletus & lacrymas magis decere, ait, Chriſtianos, quam jocos. Et ne hanc ſententiam ſoli monaſticæ ſeveritati originem debere opinemur, jam olim diviniſſimus Plato *lib. 11. de Legibus* jocos cane pejus & angue fugiendos autumavit, nec bonæ indolis ſignum eſſe, ſi quis jocetur, Quintilianus aſſeruit. Inſuper ſi licerent, virtutis actibus adnumerandi eſſent, ac per conſequens certa ratione ac arte tradi poſſent, ad inſtar reliquorum actuum virtutis, quod tamen factu impoſſibile eſſe, teſtantur Cicero *lib. 2. de Orator.* Quintilianus *Inſtit. Orator. lib. 6. cap. 4.* cum illi qui jocorum artem & rationem tradere conati fuerint, ita extiterint inſulſi, ut illorum aliud nihil, quam inſulſitas rideretur.

§. III.

Hæc ſunt argumenta, quæ pro ſtabilienda negativa hujus quæſtionis deciſione afferri ſolent; Quam parum illis roboris inſit, probata contraria ſententia demonſtratum dabimus. Imo nihil eadem noſtræ ſententiæ detrahere, rem ipſam paulo penitius inſpicienti illico patebit. Immodicum ſiquidem jocorum uſum, vel potius abuſum & nos damnamus, improbantes exemplum Franciſci Rabelæſii, quæ literis græcis latiniſque inſtructiſſimus, & Medicinæ, quam profitebatur, peritiſſimus poſtremo omni ſtudio ſerio omiſſo, totum ſe gulæ ac vitæ ſolutæ mancipavit, & ridendi hominis, uti jactabat, artem propriam amplexus, Democritica libertate, ac ſcurrili dicacitate vitam Chinone in Gallia vixit; cujus memoriam ita recolit Thuanus *lib. 6. de vita ſua ad Annum* 1548. *pag.* 95.

Sic vixi, ut vixiſſe mihi jocus, atque legenti
Quæ vivus ſcripſi, ſit jocus atque joco.
Per riſum atque jocum, homini data vita fruenda,
Inter amareſcit ſeria felle magis, &c.

Potius noſtrum facimus illud Viri militaris olim de Philoſophia enunciatum: Philoſophandum eſſe quidem, ſed paucis; quod ipſum Danæus *tr. de ludo aleæ cap.* 1. ludis applicuit, & nos meliori jure de jocis dicere poſſumus: Jocandum quidem eſſe, ſed paucis.

§. IV.

Omnino enim è vita humana tollere velle jocos, acerbius quiddam est ac durius, quam ut facile natura hominum pati possit, neque minus sane prohibendus homo animum, laboribus defatigatum, jocis aliisque recreationibus reficere, quam corpus cibo, cum joci animi cibus sint. Leonh. Lessius *de Just. & Jur. lib.* 4. *c.* 4. *dub.* 13. Add. Arnold. Geulincs *Ethic. de Virtut. Cardin. Sect.* 2. *Obligat.* 6. §. 9. Non etenim expedit, juxta effatum Senecæ *de Tranquill. anim. c.* 15. æqualiter semper retinere mentem, sed sapientem interdum remittere aciem, rebus agendis intentam, decet. Augustin. *de Musica lib.* 2. *fere in fin.* Quod enim alterna caret requie, non est durabile, ut commune habet proverbium, & omnia mortalia cum perpetuis decrementis intercidant, perpetuis quoque incrementis, ut subsistant & renoventur, egent. *l. proponebatur.* 76. *ff. de Judic.* Petr. Gregor. Tholosan. *Syntagm. Jur. Univers. lib.* 39. *c.* 2. *n.* 3. *seqq.*

§. V.

Et his rationibus Sanctos quoque adductos, ut actionibus suis miscuerint jocos, evidenter satis patet ex *Genes.* 26. *v.* 8. *Job.* 12. *v.* 2. Quod si exemplis etiam profanis judicandum, quantus illorum proferri posset cumulus! Nisi à primis annis honestis jocis assueveris, nunquam te in legitimum probumque virum evasurum, judicium est Aristotel. *lib.* 8. *Polit.* tantaque jocorum æstimatio fuit apud Lacedæmoniorum Lycurgum, ut joco pro veluti Deo statuam erexerit. Plutarch. *in vita Lycurgi.*

§. VI.

Quod igitur rationes in contrarium adductas attinet, earum quasdam non contra nos militare, quasdam vero aperte falsas esse, patebit. Sententia enim Christi ad securitatem Epicuream & ἐπιχαιρεκακίαν pertinet, non jocos honestos. Frider. Balduin. *in Commentario ad Epistolam Paul. Ephes.* 5. *qu.* 4. Eutrapelia vero cujus mentio fit *Ephes.* 5. *v.* 4. non tantum honestam ac moderatam, ut tradit Aristoteles, jocandi rationem denotat, sed & scurrilitatem, qua

qua non habita ratione personæ, loci, temporis, reique ipsius nihil præter risum quæritur, & juxta Hieronymum, fatuitate magis simulata illuditur eis, quibus placere desideratur, conf. Wendelin. *Philosoph. Moral. lib.* 1. *c.* 19. §. 8. De qua non Chrysostomo tantum, sed & Apostolo *d. l.* sermonem fuisse, ex ipso contextu satis apparet, quando *d. v.* 4. *c.* 5. *ad Ephes.* additur, quæ non sunt decentia, sive quæ ad rem non pertinent. Vid. plur. Cornel. à Lapide *ad d. l. Apostoli p.* 524. *lit. B.* Calov. *in Bibl. Grotii tom.* 4. *p.* 719. Quorsum spectant verba Lutheri *Tom.* 1. *Jen. latin. fol.* 160. Eutrapelia sive scurrilitas, quæ est facetia sive urbanitas, quam Aristoteles virtutem esse putat, quando scilicet non turpia neque stulta, sed jucunda & erudita simul dicuntur, ut utilitas intret sub dulcedine suavitatis & comitatis. Itaque comitas sive affabilitas, sive urbanitas, sive facetia talis, qua fit ut tristes atque tentati in Spiritu recreentur, laudabilis est; Verum quæ fit sine causa ad consolatiunculum tantum vanitatis & carnis, præsertim cum hujus semper non sit nisi levitas causa, & sola lubido confabulandi ac ridendi moveat illam, non convenit Christianis. Idem dicendum de judiciis Platonis ac Quintiliani.

§. VII.

Quod alteram attinet rationem, consequentia nimium quantum vacillat; Si liciti sunt, virtutibus adnumerari eos necessum est. Cum etenim dentur actiones liberæ, sive quæ neque præceptæ Legibus, neque interdictæ sunt, quas indifferentes esse, seu neque bonas neque malas in genere morum extra dubium est. Pufendorff. *Elem Jurisprud. Univers. lib.* 1. *def.* 16. §. 3. quæque eapropter sine omni peccato suscipi possunt & reprehensione, Pufendorff. *de J. N. & G. lib.* 1. *c.* 7. §. 2. quibus jocos adnumerat Leonh. Lessius *de Just. & Jur. lib.* 4. *c.* 4. *dub.* 13. *n.* 95. intermedium quoddam actionum genus esse, patet inter actiones bonas, quæ virtutum, & actiones malas, quæ vitiorum nomine veniunt. Quin & urbanitatis quandoque speciem esse, sermonibus suis jocos adspergere, omnibus notum, Wendelin. *Philosoph. Moral. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 9. Add. Stephan. Guazz. *de Civil. Convers. Diss.* 3. *pag.* 209.

§. VIII.

Quod de impossibilitate tradendi jocorum artem ac rationem, in medium prolatum est, non adeo firmo stare tibicine, videre est ex *Praxi jocandi Anno* 1602. *Francofurti edita*, aliisque libris, qui de joco-seriis passim circumferuntur. Et quamvis singulorum jocorum in specie, cum ii pro diversitate circumstantiarum varient, certa non possit tradi ratio, inde tamen in genere certa ac utilia de jocis præcepta tradi non posse, concludere velle, absurdum foret; Et licet illi, qui hoc moliti sint, parum felicem quandoque experti sint successum, insulsos tamen in alia arte doctoribus ac peritioribus insulsitate sua præjudicare non posse, certum est.

§. IX.

Manet itaque firma conclusio jocos licitos esse, eosque animi reficiendi gratia licite adhiberi posse. Petr. Gregor. Tholos. *Syntagm. Jur. Univers. l.* 39. *c.* 2. §. 3. *seqq.* Dominic. à Soto *de Justit. & Jure lib.* 4. *quæst.* 5. *art.* 2. *vers. Ad quæstionem. col.* 2. Zahnius *de Mendac. l.* 1. *c.* 45. Piccolomin. *grad.* 4. *de Philosoph. Moral. c.* 29. Absit tamen, ut ubique ac omni tempore jocorum licentiam adstruamus: certa enim loci, temporis, personarum aliarumque circumstantiarum habenda est ratio, de qua certas regulas tradit Balduin. *ad d. loc. Apostol. qu.* 4. vid. *infr. th.* 26. Siquidem non ita generati à natura sumus, ut ad ludum & jocum facti esse videamur. Cicero *de Offic. lib.* 1. Ita in conventibus ad seria institutis jocos admiscere velle, turpe foret. Zahn. *de Mendac. d c.* 45. *n.* 2. Unde enim indecorum est, in congregationem honestarum mulierum meretricem introducere, sic & inconveniens est, colloquiis seriis jocos miscere & ludrica. Zeiler. *cent.* 1. *epist.* 42. Quo nomine merito notandus venit Cicero, qui negotiis admodum seriis risu jocoque illudens in judiciis, ut causæ prodesset, neglexit decorum, prout videre est in *Orat. pro Cælio*, ubi non esse mirum, dicit, si in tanto ille luxu & deliciis ad voluptates dedisset se, non enim frui iis, quæ in promptu sunt, dementiam esse, præcipue, cum in voluptate summum bonum ponant clarissimi Philosophi. Quale encomium vero jocorum ipsius frequentia reportaverit, refert

refert Plutarch. *in vita Ciceron. p.* 886. quod scilicet Cato coram consessu exclamaverit: *Dii boni, quam ridiculum habemus Consulem!* Huc quoque referendum Heliogabali Imperatoris factum, qui in Matris Semeæ honorem fœmineum instituit senatum, a quo, quo vestitu incederent mulieres, quæ ad cujus osculum veniret, & ejusmodi sexcenta fere alia pronunciata fuerunt. Ælius Lampridius *in vita Heliogabal.* Judicium de hoc Senatu vid. apud Becmann. *disput. de Exuperant. obsequii c.* 3. §. 6.

§. X.

Multo minus autem convenit jocus rebus sacris, cum abhorreat ab ecclesiastica regula. Ambros. *l.* 1. *Offic.* Et maximum peccatum est, si in rebus sacris sive concionibus adhibeantur facetiæ. Leonh. Lessius *de Just. & Jur. l.* 4. *c.* 4. *dubit.* 13. *n.* 96. Contrariatur enim hoc reverentiæ & attentioni verbo divino debitæ, impedit fructum & ædificationem auditorum, lædit existimationem concionatoris, eumque vanitatis arguit. Lessius *d. l.* Unde graviter monet Gunther. Heiler. in den süssen **JEsus-Gedancken**, *Rubric.* **JEsus mein Segen.** p. 62. Rede nichts was nicht zur Fortpflantzung der Ehre GOttes dienet; Suche nicht die Ohren der Menschen zu jucken, sondern die Seelen fertig zu machen. Auf die Cantzel gehöret keine **Eulenspiegel** oder andere nichtige Fabeln, so mehr zum Lachen zwingen, als zum Hertzen dringen, sondern da soll man nöthige, nützliche und erbauliche Dinge fürtragen, dadurch das Hertz afficiret und beweget wird. GOttes Wort wird dir überflüßige Materie an die Hand geben zu lehren und zu predigen. Quem cum aliis refert D. Stryk. *in Annot. ad Jus Eccles. Brunnem. L.* 1. *c.* 6. *membr.* 1. §. 25. *in fin.*

§. XI.

Idem dicendum, si quis verbo divino utatur ad jocos, omnisque generis facetias de quo ubique obvio peccato iterum conqueritur Heiler. *d. tr. rubr.* **JEsus mein Gastwirth.** *p. m.* 240. his verbis: Es wird fast kein Gelach gefunden, da nicht so wohl hohe als schlechte Leute das Wort GOttes schändlich verunreinigen und mißbrauchen. Da muß GOtt der HErr sein heiliges Wort zu allerhand **Possen und Narrentheidungen** herleihen; da wird die gantze Gesellschafft rege gemachet

machet zum Lachen, wenn ein solcher grober Zotenreisser, die Sprüche der heiligen Schrifft, leichtfertig auf üppische Sachen appliciren, und verdrehen kan. Ejusmodi ergo jocos & nos improbamus, horumque gravissimam aliquando in die tremendi judicii rationem reddendam, credimus. Vid. Joh. Lassen. in Bürgerlichen Tisch-Reden, *colloqu. 4. p. m. 263. 264.* Concil. Trident. *Sess. 4. in fin. de Sacr. lib. edit.*

§. XII.

Qua occasione quæri posset: Quid de Sacramentis joco collatis habendum, valeatne ejusmodi ludicra collatio? Pontificii, dum integritatem Sacramentorum ex hominum, præprimis dantium, intentione metiuntur, de quo expressus est *Can. 11. Concil. Trident. Sess. 7. de Sacram.* varias hic comminiscuntur distinctiones, uti videre est apud Bellarmin. *Tom. III. Oper. Theol. p. 51. lit. C.* Hugon. *de Sacrament. lib. 2. c. 13. §. 16.* Soto *in 4. dist. 1. qu. 5. art. 8.* Augustinus nihil pronunciare audet, sed si v. g. baptismus totus ludicre & mimice ac jocularìter agatur, utrum approbandus sit, divinum judicium per alicujus revelationis oraculum, oratione implorandum esse censet. *Can. Solet etiam. 31. dist. 14. de Consecrat.* Nos breviter cum summo Theologo Mart. Chemn. *in Exam. Concil. Trident. part. 2. d. can. 11. p. 226.* dicimus: Peccare quidem ministrum, qui ita profano & irrisorio animo confert Sacramentum; quod si tamen institutionem Christi non negligat, non reddere veritatem Sacramenti irritam, cum ad hanc non pertineat qualitas vel fides ministri. Uberiorem disquisitionem relinquimus Theologis. Add. Brunnemann. *Jus Ecclesiast. l. 2. cap. 1. membr. 2. §. 5. & 6.*

§. XIII.

Et sic discussa quæstione præliminari, rei ipsi propius nos admovemus, excutientes prius ea, quæ circa nomen hujus Disquisitionis observari poterant. Vix autem est, ut à Latinis exspectemus natales vocabuli *Jocus.* Primitivum enim est, nec, quod scio, à quoquam derivatum. Quod si tamen derivatio verborum latinorum à Græcis cuiquam placet, ille derivatum hoc sciat à græco *ἰάχω*, quod est, *vociferor, clamo*, vel *cum clamore loquor.* Cum enim joci non nisi ex

ex læta hilarique mente proveniant, cui rebus prosperis vocem attollere moris est, hanc ob causam hinc derivatum volunt jocum, quod sonus, uti clarior, ita hilarior fiat, conf. Christ. Becmann. *Manuduct. ad latin. ling. voce: Jucundus. pag.* 855.

§. XIV.

Accipitur hinc inde varie apud varios. Sic apud Horatium *L.* 1. *Od.* 33. *vers.* 12. pro *Deo* capitur, quia tanquam Deus quispiam una cum Cupidine Venerem circumvolitat, de quo Lævin. Torrent. *ad d. l. Horat.* Add. Casp. Barth *L.* 7. *Adversar. cap.* 12. *&* *L.* 3. *cap.* 8. *in fin.* Apud Scriptores Semi-latinos *picturam* designat, quia picturæ modo rem veram jocus æmulatur, de quo vid. Barth. *d. l. L.* 12. *cap.* 29. *pr.* Sæpius etiam & eleganter quidem *pro levi abjectaque re*, quæ parvi pretii est, & merito ludibrio haberi potest, usurpatum legitur. Hoc sensu Terentio venit *Eunuch. act.* 2. *scen.* 3. *vers.* 7.

Hic vero est, qui si amare occeperit, ludum jocumque
Dices fuisse alterum, prout rabies hujus quæ dabit.

i. e. levis & jocularis illius videbitur amor, si ad hujus furorem comparetur. Pari modo Lucilius accipit apud Gellium *Noct. Attic. lib.* 16. *c.* 9. ubi dicit:

Verum hæc ludus ibi, susque omnia deque fuerunt,
Susque & deque fuere, inquam omnia ludus jocusque.

Vid. plur. Petr. Victor. *lib.* 7. *Variar. Lect. c.* 19. Sic Plautus expositurus, aliquem illudi, & factis verbisque jocularibus exagitari, dicit: illum *ludum jocumque haberi.* Plura exempla refert Casp. Schopp. *in Not. ad Phædr. Fabul. lib.* 1. *fab.* 28. quæ notæ additæ sunt Cunr. Rittershus. *Annot. ad fab. easd.*

§. XV.

Præter hæc alia significatio nostro fere primum inventa fuit seculo, atque in usum deducta, quæ tamen merito improbatur Hug. Grot. de *J. B. & P. L.* 3. *c.* 1. §. 17. *n.* 4. ubi scilicet, quando aliquem

astutia quadam decepimus, joca vocamus ea, quæ vultu ac procunciatione maxime seria protulimus: Cujus exemplum refert Zwinger. *in Theatr. Vit. human. vol.* 15. *lib.* 1. *pag. m.* 3949. Nobis communiori significatu denotat *omne id, quod delectandi ergo argute ab aliquo profertur aut geritur.* Quorsum pertinet illud Terentii *Heautont. act.* 3. *scen.* 2. *vers.* 30. Jocone an serio hæc dicat, nescio. Et Mureti *lib.* 7. *Variar. Lect. c.* 2. In conviviis liberalius & hilarius fere loqui homines solent, neque quisquam *ita severus* est, qui non inter vinum & epulas tum *jocetur* interdum ipse, tum libenter jocantes alios audiat. Vid. Joh. Conrad. Durr. *in Instit. Ethic. p.* 3. *sect.* 3 *cap.* 10. §. 2.

§. XVI.

Hoc modo accepta voce Jocus *Medicina animi* dicitur Aristot. *L.* 8. *Polit. c.* 3. Sicut enim somno & quiete, sic joco uti licet, quando gravioribus & severioribus rebus satisfecimus, ut est apud Cicer. *L.* 1. *Offic.* Veteres *Mercurii salem* dicebant jocum, forsan quia promptissimi sint ingenii necessum est, celeresque animi motus habeant, qui scite jocari volunt. Hinc apud optimos passim Autores joci simpliciter *Sales* dicuntur: Vel quia sicut sine sale non potest commode vita humana transigi, sic nec sine urbanis jocis vita civilis, juxta Plin. *libr.* 31. *cap.* 7. Vel etiam, quia salis instar acres oportet esse jocos, ut audientibus arrideant. *Ludum* à joco distinguit Valla *libr.* 4. *elegant. c.* 16. quod jocus in verbis, ludus in factis non seriis consistat. Leonh. Lessius *de Just. & Jur. l.* 4 *c.* 4. *dub.* 13. Verum cum etiam promiscue apud eundem Vallam *d. tr. de Elegant.* hinc inde reperiantur usurpata hæc vocabula, latius utrumque acceptum pro synonymis admittimus, Petr. Greg. Tholos. *Syntagm. Jur. Univers l.* 39. *c.* 1. §. 1. eodemque loco reputamus *facetias, argutias, delicias sermonis,* hujusque generis alia vocabula, quæ germanico idiomate dicere solemus, Schertz oder Possen, quamvis hoc ultimum asperis ut plurimum, & illiberalioribus jocis soleat applicari.

§. XVII.

Descendit à verbo Jocus *Jocularis*, quod adjective usurpatum denotat omne id, quod joco vel risui inservit, was schimpflich oder zum Schertz

Schertz dienet; Hinc Cicero, *joculare*, inquit, *est istud quidem & à multis sæpe derisum*. Sic dantur *joculares casus* apud Ciceron. *de fato*, qui non tam affligunt, quam jocum ludumque nos faciunt. Eodem modo apud Terent. Andr. *act.* 4. *sc.* 5. *v.* 43. *jocularium malum* legitur, quod non adeo grave. Nam & illud, quod leve & contemnendum est, dicitur joculare; Unde etiam Phædrus leve cum joculari conjungit:

> Joculari *tibi videretur, & sane leve*
> *Dum nihil habeamus magis, calamo ludimus.*

Et collimat huc Petr. Castaltius *in Adversar. p.* 40. *in fin.* ubi *Jus Civile* appellat *joculare*. Quoniam enim, inquit, quivis qualibet occasione irrepente sibi semper eligit genus sentiendi singulare, perniciosissimum quiddam inducit in hanc scientiam, confusionem scilicet, & varietatem, ut jam prope joculare jus habeamus.

§. XVIII.

Substantive *Jocularis* usurpatur pro eo, qui joculatur, id est, jocando demulcet & devincit sibi animos hominum. Pro quo sequior ætas usa est voce *Jocista*, *qui verbum jocatur*, uti legitur in Glossar. apud *Isidorum*, vel *qui verum jocatur*, uti legit Barth. *d. L.* 12. *Adverſ. cap.* 29. *pr.* h. e. qui imitatione ridicula verum æmulatur: vel *qui versum jocatur:* Nam apud Reges Gothicos & aliarum Gentium, Romanis dilaceratis, rythmi vicem carminum subibant & summo in pretio erant. Hinc adeo pertinax fuit Rythmicorum istorum *Jocistarum* natio, ut hodie etiam in nullis non Magnatum aulis reperiantur, qui versiculis rythmicis, lingua vulgari pronunciandis, ad miraculum usque expediti sint. Quorum ea gratia est, ut seriis interludere fere soli audeant, cum graves viri procul esse cogantur. Barth. *l.* 3. *Adverſ. cap.* 4. *in med.*

§. XIX.

Adfine huic est verbum *Joculator*, qui alias in *L.* 7. *§.* 5. *ff. d. Oper. Libert.* vocatur Voluptatis artifex, ein Freudenmacher. Sed hoc in Jure Canonico. *c. Clerici.* 1. *de vit. & honest. cleric. in* 6*to*, non adeo

optimo venit significatu: Significat enim *eum, qui jocando sibi victum quærit*, einen Gauckler, quo sensu fere adhuc in aulis Principum usu venire solet, ubi joculatores nominari sueverunt die kurtzweiligen Räthe. Martin. Naurath. *addit. ad* Hyppol. à Collibus *Princip. cap.* 27. *lit. A. pag.* 417. quales an tolerandi? Vid. Zeiler. *cent.* 4. *Epist.* 66. *pag.* 348. Jac. Masen. *in Font. Argutiar. l.* 1. *cap.* 8. Hoc certum est, nullam illis deberi mercedem, nisi in stipulatum deducta fuerit, sed sufficere illos frui mensa, conversatione, poculis & vestitu Dominorum. *Reform. Polit. de anno* 1548. §. von Schalcks-Narren. 28. cum nulla sit voluptatis æstimatio. Zasius *L.* 1. *singul. c.* 3. *n.* 44. quod tamen, uti modo dixi, longe aliter usu servatur, cum eo hodie perventum sit, ut melioris fere conditionis sint stulti, quam prudentes, contra *L.* 4. *ff. quod Vi aut clam. c. cum qui.* 18. *de præbend. in 6to.*

§. XX.

Pari modo joco denominationem suam debent *Jocalia*, ita ab Italis Interpretibus dicta, quia quasi ludicra, festiva & hilaria sunt munera, ut recte putat Scipio Gentil. *de Donat. int. vir. & uxor. l.* 2. *c.* 25. *pr.* qui sensus etiam genuinus ac proprius videtur Alber. Gentil. *Tr. de Actor. Fab. non notand. c.* 4. Vel enim in actu acquisitionis plerumque solet jocus intervenire; Vel etiam ille, qui mulieri ejusmodi ornamenta offert ipse, aut offerri ab alio curat, non sine hilaritate quadam hoc facere, aut eam in persona recipientis sive mulieris exspectare solet, eamque sibi persuadere. Muller. *in disp. de Jocal. cap.* 1. §. 1. ubi *in seqq.* quid nomine Jocalium derer Weiber-Geschmück veniat, pluribus exponit. Add. Henr. Neuenhahn. *de jur. & privileg. Viduit. Sect.* 3. §. 3. *lit. B. pag* 87.

§. XXI.

Missa nunc explicatione nominali realem aggredimur, ubi imprimis, quid *Jocus* sit, notandum: *Est* autem *actus Urbanitatis quo ingeniosa mentis declaratione animi gratia se invicem excipiunt conversantes.*

§. XXII.

Actum Urbanitatis, diximus Jocum, quia urbanitas potissimum circa

circa jocos occupatur, quatenus inde animi quædam petenda est medicina & relaxatio ad res serias obeundas, curasque & cogitationes molestiores pellendas. Wendel, *Philos. Moral. l.* 1. *c.* 19. *th.* 9. §. 1. quatenusque jocos ita moderatur, ne vel turpes sint & futiles, vel lædant famam alterius. Joh. Schickfus. *disp.* 11. *ad Ethic. th.* 16. Wendel. *d. l.* §. 3. Noluimus vero urbanitatem dicere, quia urbanitas se quoque ultra jocos extendit & circa alia versatur, quod videre licet apud Ethicos, ut Durrium *in Ethic. Pragmat. c.* 10. *Aphor.* 1. Liebenthal. *Colleg. Ethic. Exerc.* 12. §. 13. *&* 14. aliosque.

§. XXIII.

Dividuntur joci generaliter in *liberales*, verecundos sive modestos, & *illiberales*, obscœnos sive scurriles. Duplex enim, inquit Cicero *libr.* 1. *Offic.* est omnino jocandi genus, unum illiberale, petulans, flagitiosum, obscœnum; alterum elegans, urbanum, ingeniosum, facetum: Illos modo definivimus; Hos tanquam urbanitati contrarios rejicimus.

§. XXIV.

Liberales iterum consistunt vel in *rebus* vel in *verbis*; In verbis qui consistunt fiunt vel tropicis, sive figuratis, e. g. metaphora, paronomasia &c. vel ambiguis sive ænigmaticis, v. g. Rätzeln, Gedichten, qualia exhibentur ab Heidfeld. *in Sphinge Philos.* Qui in rebus consistunt, solarum rerum principaliter habent curam. Wendelin. *Philos. Moral. d. l.* §. 16. *& seqq.* Ad quam classem referri potest ille Ciceronis jocus de Consulatu Vatinii, qui per unum tantum diem consulatum gesserat: *Vatinii anno magnum fuisse ostentum, cum eo Consule nec bruma, nec ver, nec æstas, nec autumnus fuerit.*

§. XXV.

Causam jocorum *efficientem* constituimus ingenium hominum: Unde quem natura ad jocos non finxit, caveat sibi, ne jocos fingat extempore, sed ab aliis ante usitatos opportune adhibeat, vel iis plane abstineat. Plutarch. *L.* 2. *Sympos. quæst.* 2. Joci enim per vim accersiti, ut inquit Jac. Masen. *d. Tr. L.* 1. *cap.* 3. non honestæ tantum

voluptatis gustu destituuntur, sed molesto quodam fastidio excipiuntur, dum concitata exspectatio fallitur & qui saltum promittit hinnuli, vix pulicis assequitur.

§. XXVI.

Materiam suppeditant vel sermones, seu confabulationes, vel res, seu negotia oblata. Non raro ex nominibus ansa jocandi sumitur. Quintil. *L.* 5. *Instit. Orat. c.* 10 Bonifacius *de furt.* §. 2. *n.* 129. & cum nugæ ad seria ducant, tanquam jocandum sit, ut seria agas, prout effatum est Anarchasidis apud Erasmum *Chiliad.* 4. *cent.* 8. *adag.* 39. etiam in minimis, dummodo jucunda sint, & habeant aliquid gratiæ, cum leguntur, non reprobandi veniunt. Guilielm. Anton. de Freundberg *de rescript. morator. concl.* 4. *n.* 17.

§. XXVII.

Forma consistit in eo, ut in jocando ratio habeatur rerum, quantitatis, qualitatis, personarum, temporis & loci; Unum horum si deficiat minus decorum erit, jocos adhibere, forsan & periculosum. Vid. Liebenthal. *d. Exerc.* 12. §. 19. *seqq.* Unde est, quod minus provide & prudenter feceris, si cum ebriis miscueris jocos. Jocos enim fere semper cum παῤῥησίᾳ quadam sive loquacitate conjunctos esse constat, quanquam facillime irritari possunt ebrii, quoniam in iis nulla ratio, nec ullum vitæ gerendæ rectum consilium, *c. A crapula.* 14. *X. de Vit. & honest. Cler.* Gail. *L.* 2. *obs.* 110. *n.* 24. & frustra eris, si judicium in eo speres, quod joci requirunt, cui mens velut medicamine quodam loco mota est. Pufendorff. *de Jure Nat. & Gent. L.* 3. *c.* 6. §. 4. *& Elem. Jurisprud. L.* 1. *def.* 12. §. 18. Macrob. *L.* 7. *Saturnal. c.* 3. Nec tutum satis erit cum superiore jocari; Caute enim agat necessum est, semper memor illius Germanici: Mit grossen Herren ist nicht gut Kirschen essen. Muller. *disp. de Calor. Juvenil. sect.* 2. §. 5. Et memorabile est hanc in rem exemplum Petri Dami, Comitis Seriniensis, Uladislao Polonorum Regi admodum familiaris, quod refert Cramerus *lib.* 6. *Histor.* cui jocus aliquantulum liberior oculorum ademit usum. Conf. Jac. Masen. *d. tr. de Font. Argutiar. l.* 1. *c.* 4. Zwinger. *in Theatr. Vit. Human. Vol.* 15. *libr.* 1. *tot.*

§. XXVIII.

Digitized by Google

§. XXVIII.

Finis potissimus est, ut fiat animi gratia, seu recreandi ergo. Sub qua tamen recreatione non raro utilitas promovetur illorum, qui jocis petuntur. Vid. Georg. Christoph. Walther. *in Postill. Theol. Jurid. Polit. Philolog. part.* 2. *Domin.* 17. *Trinit.* §. 239. Perspiciendum igitur semper est, ne eos, quibuscum conversaris, offendas sed recrees, & exhilares; omnesque actiones ad honestam componas recreationem, nec proprii commodi aut quæstus gratia, quod in Parasitis reprehenditur, risum aliis commovere studeas, aut obscœna cum aliorum offendiculo tractes. Conf. Christ. Liebenthal. *Colleg. Ethic. Exerc.* 12. *n.* 16. *seqq.* Nam si jocos exigis, monente Seneca *de honest. conversat.* hoc quoque cum dignitate sapientiæ gere, ut nec te gravent, tanquam asperum, nec contemnant tanquam vilem. Non erit tibi scurrilitas, sed grata urbanitas. Sales tui sine dente sint, joci sine vilitate, risus sine cachinno, vox sine clamore. Quem finem ut eo citius attingerent Spartani, ad convivia pueros adducebant, tanquam ad ludum, ut ibi adsuescerent ludere & jocari citra scurrilitatem, jocisque petiti non ægre ferre. Plutarch. *in Vit. Lycurgi p. m.* 83.

§. XXIX.

Ex quo abunde constat, nullam producere jocos obligationem, per *L.* 3. §. *ult. ff. de O. & A. L. Dolo.* 3. *ff. de Serv. corrupt.* ibique *Gloss.* Facit *L.* 1. *C. ad L. Cornel. de Sicar. L.* 3. §. 3. *ff. de Injur.* Add. Hillig. *ad Donell. lib.* 12. *cap.* 7. *lit. f.* Deficit enim consensus illius, qui joco quid promisit, utpote qui non vult id, quod dicit, sed sentit aliud. Hering. *de Fidejuss. cap.* 20. §. 33. *n.* 11. Mangil. *de Evict. qu.* 93. *n.* 11. Deficiente vero consensu, qui anima contractuum dicitur, Cothman. *Resp.* 18. *n.* 38. Curt. Jun. *cons.* 53. *n.* 7. *part.* 7. deficit quoque obligatio. *L.* 1. §. 3. *ff de Pactis, L.* 55. *ff. de O & A.* Quapropter recte Ulpianus *in L. Sciendum.* 19. §. 3. *ff. de ædil. edict.* Ea, *inquit*; sola dicta sive promissa admittenda sunt, quæcunque sic dicuntur, ut præstentur, non ut jactentur. Et cum obligatio promissionis ex Lege positiva proveniat, quam quis sibi imponit; nulla vero Lex obliget, nisi Legislator, ut obliget, velit, in aprico est, promissionem jocosam, non

Digitized by Google

non parere obligationem aliquam, quia voluntas ſemet obligandi in hac promiſſione deficit. Vid. Paul. Layman. *in Theolog. Moral. L.* 5. *tr.* 10. *p.* 1. *c.* 2. *num.* 10. Anton. Diana. *Reſol. Moral. tom.* 2. *tr.* 6. *reſol.* 7.

§. XXX.

Quod non ſolum de jure civili verum, ſed quoque jure naturali: Nam obligationis etiam naturalis principium, origo & cauſa eſt voluntas & conſenſus *L.* 1. §. 3. *ff. de pact. L.* 95. §. 4. *ff. de Solut.* Quinimo in foro quoque conſcientiæ id ipſum probandum. Fidem enim quam non dediſti, non erit grave fallere. arg. *L.* 1. *ff. pr. & L.* 25. *ff. de Conſtit. pecun.* Modo tamen dolus abſit ab ejusmodi jocoſe facta promiſſione, *L.* 3. *ff. de Serv. corrupt. & L.* 1. *C. ad L. Cornel. de Sicar.* Nam qui animi ſui ſententiam non vere, prout eſt, ſed *ſubdole* explicat, faciendo alteri ſpem de ſe obligando, revera autem & interiori cogitatione de eodem verbis inanibus implendo ac eludendo conſilium reperit, omnino tenetur. Conf. Henniug. *ad Grot. de I. B. & P. l.* 2. *cap.* 11. §. 2. Indignum enim ludibrio haberi aliquem eapropter, quod alterum cordatum ac bonum crediderit Virum. Pufendorff. *de J. N. & G. l.* 3. *cap.* 4. §. 2. Neque naturali æquitati conſentaneum, ut dolus cuiquam patrocinetur *L. fin. C. de Reb. Cred. L.* 2. *C. qui milit. poſſ.* Quamvis itaque non raro ex promiſſione jocoſa quid præſtari videamus à promittente, hoc tamen non vi promiſſionis, qua talis, quippe quæ deficiente animo ſe obligandi nulla eſt & invalida. Albert. *Compend. Jur. Natur. P.* 2. *c.* 6. §. 12. Sed ratione damni ex tali promiſſione alteri, cui quid promiſſum, doloſe illati, fieri, certum eſt. Anton. Dian. *d. l.* Molin. *de Juſt. & Jur. Tom.* 2. *tr.* 2. *diſp.* 352. *n.* 4.

§. XXXI.

Utrum idem obtineat, ſi juramentum ejusmodi jocoſæ promiſſioni acceſſerit, dubium. Sunt qui, ne ſic quidem, obligationem naſci ſtatuunt, uti Fagundez *in Decalog. l.* 2. *c.* 9. *n.* 9. Azor. *Inſtit. Moral. l.* 11. *c.* 4. propterea, quod juramentum non obliget, niſi ex voluntate jurantis, & Deus illud non acceptet, niſi ſecundum proferentis intentionem *c. humanæ aures.* 11. *c.* 22. *qu.* 5. Verum cum *d. c.*

huma-

Digitized by

humanæ aures. longe aliter quam de doloso juramento intelligendus sit, vid. Soto *de Just. & Jur. L.* 8 *qu.* 1. *art.* 7. *n.* 4. & ut juramentum solenniter præstitum vim obligandi habeat, non à voluntate jurantis dependeat, sed ex dispositione juris divini & humani, ipsiusque juramenti indole. Stryk. *tr. de Jure Sens. disp.* 10. *c.* 3. *n.* 51. huic sententiæ subscribere non possumus. Parum enim abesset, ut omnis juramentorum usus, imo omnis ratio intervenientibus signis se obligandi è vita humana exstirparetur, si quis tacita sua intentione impedire posset, ne effectus ille actum aliquem sequeretur, cui producendo idem est institutus. Conf. Grot. *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 13. §. 3. *& c.* 14. §. 3. Unde omnino juramento tuo obligaberis, quicquid demum, quando jurabas, cogitaveris, siquidem Deus, qui conscientiæ testis est, ita hoc accipit, sicuti ille, cui juratum est, *c. quacunque.* 9. *c.* 22. *qu.* 5. Ille autem, cui juratum est, verba tua accipit, tanquam juramentum exprimentia, & tu non tantum Deum adhibuisti dictis tuis testem, ut proinde vera ea tenearis facere, Grot. *d. c.* 13. §. 3. sed & quando eadem proferebas, serio rem à te agi, non autem jocandi institutum ostentabas. Ziegler. *Annot. ad Grot. d. l.* Pufendorff. *de J. N. & G. l.* 4. *c.* 2. §. 5. Franzkius *L.* 2. *resol.* 2. Lessius *de Just. & Jur. l.* 2. *c.* 42. *dub.* 8. *d.* 38. Didac. Covarruv. *ad c. quamvis. de Pact. in 6to. p.* 1. §. 5. *n.* 3. Anton. Diana *Resol. Moral. tom.* 2. *tr.* 6. *resol.* 8.

§. XXXII.

Inter *Cognata* joci recensemus 1.) *Parabolas*, quæ cum utilitate non minori se commendent, quam jucunditate admitti omnino possunt. Osiander. *ad Grot. de J. B. & P. l.* 2. *c.* 24. §. 4. *obs.* 1. easque à Servatore ipso haud raro esse adhibitas Evangeliorum libri satis superque docent. A quibus hoc significatu *Poetarum Figmenta* speciem non adeo constituunt diversam, utpote quæ è mendaciorum classe eximi debere, censet Plutarch. *de audiend. Poet.* Ut enim mendaciorum nomine veniant, tantum abest, ut potius prudentiæ laudem mereantur, cum iis commodum quandoque alicui afferatur, quod aperta atque seria oratione obtineri non poterat. Pufendorff. *de J. N. & G. l.* 4. *c.* 1. §. 16. Et ejusmodi fabulis infantum improvidam ætatem ludificari licere, non tantum autor est Lucret. *libr.* 1. sed &

perspicuum illud satis est, non quidem ex ratione illa, quam affert Grot. *de J. B. & P. l.* 3. *c.* 1. §. 12. quod cum illis non sit judicii libertas, non possit iis circa illam libertatem injuria fieri, quia eodem cum adultioribus fruuntur jure. Pufendorff. *d. c.* 1. §. 15. sed quod non proveniant ex dolo. Ziegler. *ad Grot. d. l. p.* 524. & quod ratione magis feria doceri non possint, cum ob rationis imbecillitatem & affectuum impetum nudam fere aspernentur veritatem, ideoque per fabulas doceri, aut fictis terriculamentis coerceri eos expediat, donec citra inania rerum soliditatem capere & æstimare norint. Pufendorff. *d.* §. 15.

§. XXXIII.

Referimus huc 2.) *Mendacium jocosum*, utpote quod adeo cum joco coincidit, ut fere non differat; Pari enim modo delectandi, jocandi, non fallendi aut nocendi gratia in familiari adhibetur conversatione. Liebenthal. *Colleg. Ethic. Exerc.* 12. *quæst.* 5. Et sicuti joci per se & qua tales neminem lædunt. Becmann. *Lin. Doctr. Moral. c* 13. §. 5. ita proferens mendacium jocosum, præsupponit discrepantiam hanc verborum à sensu animi haudquaquam fore molestam. Pufendorff. *Elem. Jurisprud. L.* 2. *obs.* 4. §. 35. Unde non jure tantum civili permissum, nec ullam meretur pœnam, Gomez. *ad* §. *in personam.* 8. *I. de Action.* Baldus. *ad L. fin. ff. quod cum fals. tutor.* cum mendacium, quod alteri non nocet, censeatur nugatorium. *L.* 46. §. *ult. ff. de Evi-ction.* pœnaque mendacii nulla sit, ubi nullum damnum; *L.* 23. *C. ad L. Corn. de fals.* Cravetta *cons.* 366. *n.* 36. Natta. *vol.* 3. *cons.* 558. *n.* 9. & 13. sed etiam jure naturali approbatum est, quatenus scilicet medium est juvandi proximum sine detrimento tertii, Alberti *Compend. Jur. Natur. p.* 2. *c.* 6. §. 21. Add. Henr. Uffelmann. *in Tr. de Jur. quo homo homini in Sermon. obligat. cap.* 9. §. 8. & *seqq.*

§. XXXIV.

Ex quo apparet, illud de mendacii natura amplius nihil nisi nomen participare. Ut enim mendacium aliquid dicatur, requiritur, ut quis dolo malo & destinata ex malitia alteri diversa ab animi sui sententia proferat, eo fine, ut isti præter meritum noceat, aut vana spe eidem illudat. Durr. *Inst. Ethic. p.* 3. *sect.* 2. *c.* 9. §. 18.

Pufen-

Pufendorff. *de J. N. & G. L. 4. c. 1. §. 8.* vid. plur. Brunnem. *ad L. 11. ff. de interrog. in Jur. faciend. n. 10 seqq.* Ob quam causam doli species dicitur mendacium in *l. 14 ff de dol. mal.* & dolus semper in mendacio præsumitur. Brunnem. *ad L. fin. C. si quis aliq testar prohib. n. 2. & ad L. fin. ff. eod. n. 8.* Carpzov. *Jurisprud. Eccles. l. 2. def. 322. n. 6. & p. 3. Const. 5. d. 8. n. 5.* Hartman. Pistor. *p. 1. quæst. 29. n. 4.* Panschman. *L. 2. quæst. 21. n. 59.* Quorum nihil de mendacio jocoso dici potest. Neque *obstat*, quod tamen interdum etiam mendacium jocosum proferentes afficiantur pœna. Hoc enim eo demum contingit casu, si per culpam & dolum ejusmodi mendacio jocoso damnum datum sit, de quo dixi *th. 30 h. Cap.* ubi actio Legis Aquiliæ utilis vel in factum locum habet. *L. fin. ff. quod cum fals. tutor. L. 7. §. fin. ff. de dol. mal.* Brunnem *ad d. l. 11. ff. de interrog. in Jur. fac. n. 19.*

§. XXXV.

Idem quoad Jus Canon. dicendum. Quamvis enim *in C. juramenti. 12 c. 22. qu. 5.* inter juramentum & sermonem nostrum nullam debere esse differentiam innuatur; Ex quo ne mendacium quidem jocosum licere concludunt. Covarruv. *L. 1. Variar. Resol. c. 2. n. 1.* Guttierez *L. 1. pract. quæst. 60. n. 4.* Nihilominus tamen quia mendacia à mendacibus serio aguntur, non joco, & ea quæ joco dicuntur, non deputantur mendacia, uti dicitur in *c. quod autem. 18. c. 22. quæst. 2.* nihil obstabit *d. c. 12.* cum ex prius dictis constet, mendacium jocosum non mereri mendacium dici. Add. Uffelmann. *d. cap. 9. §. 9.* Aug. Barbosa *in Thesaur. Locupl. lib. 9. cap. 83. Ax. 1.*

XXXVI.

Pertinent huc quoque 3) *Choreæ*, quæ portio quædam civilis conversationis ac recreationis sunt. Carpzov. *Jurispr. Eccles. L. 2. def. 157. n. 8.* & inter res adiaphoras in Scripturis Sacris nec prohibitas nec præceptas, referuntur. Imo potius laudantur, uti videre est ex exemplo Davidis, *2. Sam. 6. v. 14.* & mulierum Israeliticarum *1. Sam. 18. v. 6.* Exemplum earum adhuc hodie reperiri Norimbergæ, testatur Joh. Jac. Speidel *Specul. Notabil. voc.* Hof, ubi einen Jungfrauen-Hof halten, vocant *congregationem festivam virginum & juvenum,*

 cho-

choreas & ludos alios honestæ recreationis exercentium. Quod reliqua cognata attinet, *Jactantiam* videlicet, *verba honoris, complimentorum* assiduitatem, utpote negotiis seriis, quam maxime contrariantem. Becmann. *Lin. Doctr. Mor. c.* 17. §. 3. *Oscula, Ironias*, &c. quoniam de iis in subsequentibus fusior ac uberior se offeret dicendi occasio, eo B. L. remittimus.

§. XXXVII.

Ad *Contraria* referimus *excessum* & *defectum* in jocis. *In excessu* notandi veniunt Scurræ, gestientes colligere ridicula undique, magisque id spectantes, ut risum faciant, quam ut venusta & faceta dicta sint, & non lædant, neque offendant, eos in quos cavillantes dicta dicunt. Quorum varias, pro diversis studiis & jocandi rationibus, species ex Pontano *l.* 3. *de sermone c.* 13. annotavit Durr. *Ethic. Paradigm. p.* 3. *sect.* 2. *cap.* 10. *aphor.* 2. §. 1. Ad quos referendum exemplum illud, quod de Scurrilitate Tirynthiorum habet Masen. *l.* 1. *cap.* 3. *famil. argut.* In *defectu* qui peccant, rusticitatis & morositatis contrahunt nomen, quos Catullus vocat *plenos ruris & inficetiarum*, qui ab omni festivitate sermonum ita abhorrent, ut nec ipsi jocos proferre, nec aliorum jocos perferre, valeant. Unde in congressibus familiaribus ipsos aliorum jocis confestim succensos, in calumnias levi opera prorumpere videas, rixas movere, ac omnia instar Davi illius Terentiani turbare. Liebenthal. *Colleg. Ethic. Exerc.* 12. §. 23.

CAP. II.

De Joco circa Sponsalia.

SUMMARIA.

1. *Transitus ad Sponsalia.*
2. *Requiritur ad Sponsalia consensus contrahentium, qui declaratur per verba & alia signa.*
3. *Verba requiruntur clara, non jocosa.*

4. An

4. *An si quis virginem corculum suum appellasset, inde concludantur Sponsalia? An si sponsam?*
5. *Quid si virgo vitrum tradiderit his verbis: si vitrum acceperis, & me habeas oportet?*
6. *Quid si quis virginem ita allocutus: Propino tibi sponsa mea?*
7. *Quid si ita: Tu mea es vel eris?*
8. *Quid si juvenis ludendo virginem lucratus fuerit?*
9. *Quid si virgini à se nonnihil aliena dixerit: Tu mihi sola places?*
10. *Alius casus.*
11. *Non tam ad verba quam ad animum respiciendum. Illustratur hoc exemplis.*
12. *Verba ironice prolata non obligant.*
13. *Nec exempli gratia prolata.*
14. *Nec ambigua.*
15. *Quid, si impossibilis conditio adjecta sit Sponsalibus?*
16. *Circumstantiæ hoc casu attendendæ erunt.*
17. *Ex sola familiaritate non possunt concludi Sponsalia.*
18. *Neque ex amplexibus, osculis, aliisque signis.*
19. *Neque si frequenter choreas duxerit cum virgine.*
20. *Neque si virginis causa iverit ad nuptias.*
21. *Neque si annulum aut aliud quid dederit virgini.*
22. *Limit. nisi præcesserit sponsalitia tractatio.*
23. *Hoc casu præsumtio est contra jocantem.*
24. *Hinc juramento purgatorio elidenda.*

§. I.

PErlustratis iis, quæ in genere de Joco præmittenda videbantur, progrediendum nunc ad specialiorem ejus considerationem, methodo ea, quæ ipsi Sacratissimo Imperatori *in §. fin. I. de J. N. & G. & C.* placuisse reperitur. Ubi primo Jus personarum considerantes, non omne in medium vocabimus, sed illud duntaxat, quod principaliorem ejus absolvit partem, jus scilicet, quod est circa sponsalia: His enim infauste contractis, nihil fere frequentius est, quam joci obtendere speciem, & verborum liberalitati alteriusque credulitati impu-

Digitized by Google

imputare, ad quod non nisi maturo satis & deliberato consilio erat properandum.

§. II.

Contrahuntur autem Sponsalia hodie nudo contrahentium consensu *L. sufficit.* 4. *pr.* & *l.* 11. *ff. de Sponsal.* remissa stipulationis solennitate, quæ olim erat necessaria. *l.* 2. *ff. eod.* & de qua Florentinus JCtus in *l.* 1. *ff. eod.* Vid. Hahn. *ad Wesenbec. tit. eod. n.* 2. Carpzov. *p.* 2. *c.* 19 *def.* 17. Ziegler. *ad Instit. Jur. Canon. l.* 2. *tit.* 10 §. 4. Quocunque igitur medio consensus hic sufficienter declaratur, illo quoque sponsalia legitime contrahuntur. *c.* 23. *X. de sponsal.* Unde non verba solum sufficiunt, quod velle videtur Paul. Cypræus *de Jure Connub. p.* 1. *cap.* 4. §. 24. *n.* 3. verum etiam alia signa & facta ad consensum conjugalem exprimendum idonea. Mascard. *de Probat. concl.* 1024. *n.* 2. Mozius *de Contract. tit. de Substant. Sponsal num.* 4. Ekholt. *ad ff. tit. de Sponsal.* §. 5. Ejusmodi enim facta æquipollent verbis. Franc. Hotomann. *Cons.* 39 *n.* 18. magisque per illa voluntas demonstratur, quam per verba *l. si tamen.* 48. §. 2. *ff. de ædil. edict.* Quinimo absentiam quoque signorum, sive silentium cum certis circumstantiis consideratum, loci signi consensum exprimentis valere, haud absurde existimat Pufendorff. *de* J. *N. & G. l.* 3. *c.* 6. §. 2. ubi tamen necessum est, præsentem rerum conditionem ita esse comparatam, ut ex omni parte ad præsumendum consensum velut conspiret, nec ulla concurrat probabilis conjectura, quæ in diversum ducat.

§. III.

Verba quod concernit, clara illa & perspicua esse oportet. Cypræus. *d. p.* 1. *c.* 3. §. 1. *n.* 3. non obscura aut flexiloqua. Stryk. ad B. Brunnemann. *Jus Ecclesiast. l.* 2. *c.* 16. §. 3. Carpzov. *p.* 4. *c.* 20. *def.* 9. *n* 5. *& in Jurisprudent. Ecclesiast. l.* 2. *def.* 19. Obscure siquidem & nihil respondere paria in Jure nostro habentur *l.* 11. §. 7. *de Interrog. in Jur. fac. & arg. l.* 6. *ff. Qui satisd. cog.* Cardin. Tusch. *Pract. Conclus. tom.* 5. *lit. O. concl.* 53. Gail. 1. *observ.* 82. *n.* 5. Quod etiam de verbis ambiguis & per jocum prolatis verum est. Carpzov. *Jurisprud. Eccles. l.* 2. *def.* 42. Ernest. Cothman. *Resp.* 86. *n.* 7. cum ex talibus verbis minime consensus colligi possit. Gothofr. *ad l.* 16. *C. de pact.* Franc. Hoto-

Hotomann. *Conf.* 8. *pag.* 134. Sed potius dissensus, Carpzov. *d. l. def.* 19.

§. IV.

Patet hinc, quod blanda illa verba, quando quis virginem *corculum suum, animulam*, sein Hertzgen, sein Schätzgen, sein Kind vocat, & quibusvis suavissimis aliis titulis non dicam ornat, sed onerat, parum, imo nihil concludant. Vid. Rhetius *in disp. de Virginib. sub ipsius Præsid. habit. cap.* 5. §. 3. Vocalis etiam consensus, absque mentali nullus est, & jocosa ac animi causa prolata verba efficaciam non habent. Carpzov. *Jurispr. Eccles. L.* 2. *def.* 19. Parlador. *L.* 2. *Rer. quotidian. cap.* 3. *n.* 45. D. Stryk. *in disp. de jure blandit. c.* 2. *n.* 48. Neque aliter dicendum, si in scriptis hoc factum & quis in epistola virginem quandam, *sponsam suam*, seine Liebste appellasset; Quamvis enim & per epistolam recte constituantur sponsalia. *l. fin. ff. de sponsal.* Zasius *L.* 1. *Cons.* 3. *n.* 5. *&* 6. ac epistola fidem faciat contra illum, qui eandem scripsit. *l.* 26. §. *fin. ff. Depos.* Dd. *in L. Admonendi,* 31. *ff.* de Jurejur. Mascard. *de Probat. vol.* 2. *concl.* 627. *n.* 1. Umm. *ad Process. disp.* 27. *th.* 5. *n.* 24. Illud tamen tunc demum obtinet, si de animo contrahendi constet, cum multa cœteroquin titulotenus dicantur, quæ tamen re ipsa aliter se habent; Quorsum spectat illud Martial. *lib.* 5. *Epigramm.*

Cum voco te Dominum, noli tibi Cinna placere,
Sæpe etiam Servum sic resaluto meum.

Neque convenit, cum literæ plus præstent absentibus, quam sermo præsentibus, *arg. l. Non epistolis.* 13. *C. de probat.* Haveman. *Gamolog. Synopt. L.* 1. *tit.* 7. *pos.* 3. §. 4. Carpzov. *part.* 4. *const.* 20. *def.* 9. *n.* 3.

§. V.

Pariter hinc constat, quid de illo casu sentiendum, ubi Juvenis quidam virginem vitrum manu tenentem ita inter pocula allocutus erat: *Cede mihi vitrum ut illud ebibam: Nam advesperascit & mihi domum properandum est.* Virgo vero tradiderat vitrum his verbis: *Si vitrum acceperis una cum vino, & me quoque habeas oportet:* quem casum refert Cypræus *d. p.* 1. *c.* 4. §. 16. *n.* 5. Virgini enim hæc verba

joco

joco excidisse satis manifestum est, cum ita ludere in symposiis admodum frequens sit, ut proinde ex nudis his verbis, ad sponsalia contracta argumentari velle, satis iniquum foret. Quod multo magis verum est, si hospites egregie inter se pransi fuerint potique, cum ebrius ea, quæ per ebrietatem commisit, ignorare dicatur *Can.* 7. *Cauf.* 15. *qu.* 1. & sic non possit dici consensisse. *l. Nec ignorans.* 10. *C. de donat.* Hostiens. *in Summ. tit. de Sponsal.*

§. VI.

Idem verum est in eo actu, qui de scypho argenteo, vini pleno, allegatur, quem juvenis virgini cuidam his verbis: Es gilt Braut, *i. e. propino tibi sponsa mea*, porrexerat. Præterquam enim, quod per sponsæ appellationem non inducantur sponsalia, quemadmodum paulo ante probatum, ipse quoque modus contrahendi plane est ridiculus, & nullam veritatis speciem præ se fert, cum evidenter satis pateat ejusmodi verba joco fuisse prolata. Continuat. Besold. *Thesaur. pract. voc. Complimenten.* Quapropter & hic, quod modo diximus, obtinet, nimirum, quod non sufficiat figura verborum sine consensu naturali. *l.* 38. *ff. de O. & A.* Bald. *vol.* 1. *conf.* 27. Nam qui jocose agit nihil serii præstat. Stuck. *vol.* 1, *conf.* 6. *n.* 91.

§. VII.

Ejusmodi farinæ multa & innumera alia dari possunt exempla. Ita si quis dixerit: *Mea es vel eris*, du solt mein seyn, nisi expresse de nuptiis actum, nihil inde poterit concludi. Sunt etenim hæc verba generalia, quæ non solis Sponsalibus, sed etiam aliis rebus applicari haud raro solent, unde pro jocosis potius habenda, quæ ad sponsalia inducenda sunt inidonea. Cypreus *de Jure Connub. cap.* 4. §. 12. *n.* 5. Multo magis cum in nostris regionibus singularem duntaxat aliquam animi affectionem erga alterum denotent. Muller. *in Disp. de Liter. Amator. th.* 16.

§. VIII.

Par ratio est illius casus, si Juvenis & Virgo chartis ludentes invicem periculum fecerint, quis ex iis alterum lucrari posset ludendo:

do: Et Juvenis aliquot vicibus victor existens tandem in hæc verba eruperit: *Ego te chartis lucratus sum, Virgo, mea nunc eris.* Virgo autem acceptans hanc conditionem responderit; *Ita esse:* Nam & ibi jocum dedisse occasionem ludo in aprico est, unde tam Juvenem, quam Virginem posteriora verba æque animo jocandi protulisse, non est dubium, hinc nulla exinde efficax obligatio. David. Doring. *in Bibliothec. JCtor. voce: Adulatio.* Carpz. *Jurispr. Eccles. L. 2. def. 19.*

§. IX.

Quid autem obtineat, quæritur: Si quis aliquantum familiarius cum virgine conversetur, nulla mentione sponsaliorum facta: Virgo autem postquam vana spe se lactari credit, ut animum Juvenis experiatur, displicentiæ suæ signa edat non obscura; Ille contra, ut diutius sibi dulci conversatione virginis frui liceat, protestetur his verbis: *Tu mihi sola places, non mutabo te pro meliori &c.* Et non posse hinc concludi consensum ad Sponsalia requisitum, autumo, si, uti dictum, ante illa verba nulla de Sponsalibus vel matrimonio mentio inter partes sit facta. Nam & sic jocandi magis & applaudendi animo effuso sermone videntur jactitata, quam promittendi. Covarruv. *ad cap. 4. part. 2. §. 1. de Sponsal.* Cypræus *d. cap. 4. §. 12. n. 17.*

§. X.

Huc pertinet, si duo sibi repromiserint matrimonium ea lege & conditione, ut si alterum pœnituisset unum solverent solidum, quem pignoris & arrhæ loco, illi qui aderat, tradiderunt. Ridicula enim, quam apposuerunt, conditio, ipseque contextus, satis ostendunt, utrorumque mentem non fuisse, ut sponsalia contraherent, sed ut jocarentur. Bald. *vol. 1. cons. 27.* Quam ob rem nulla inde sequitur obligatio, ne alioquin actus agentium operetur ultra eorum intentionem, contra *L. non omnis. 19. ff. de Reb. Cred.* Surd. *dec. 119. n. 24.*

§. XI.

Sequitur igitur hinc non præcise ad verba respiciendum, sed ad animum, utpote de quo constare debet, priusquam Sponsalia possint dici celebrata. Cæteroquin quot non quotidie contraherentur Sponsalia? Si tantum temporis negotiis tuis subtrahere possis, ad-

adſpice quæſo puellarum juvenumque congreſſus ad recreationem inſtitutos, quot ibi reperies ludorum genera, unde Sponſalia exterius concludi poſſint? Vix tibi de tam felici gratulari poteris memoria, ut non in recenſione eorum, deficias, ut ſatis cognoſcere poſſis, quas deſidioſiſſimas hucusque arbitratus ſis, nunc curioſiſſimas occupatiſſimasque fuiſſe. Non expedit hic enumeratione ludorum implere pagellas, cum neminem tam expertem eorum fore credam, qui non exiguum numerum afferre valeat. Sufficiat inpræſentiarum unica illa ſpecies, quam, niſi penitus fallor, appellant der Krug kommt, quando ex pluribus ſibi oblatis juvenibus, virgo unum elegit, qui magis è re ipſius videtur futurus. Quæ tamen ſpecies ludorum levis videbitur comparatione facta cum ludo illo, quem vocant B. Nicolai, de quo vid. Joh. Brunellus *de Sponſal. concl.* 18. *n.* 13. qui extat in *Tract. Tract. vol.* 16. ubi Juvenis pro repræſentando ludo cum una ex virginibus, præſentibus reliquis contrahit. Ex quibus tamen & aliis ludorum generibus, quis vera Sponſalia concluderet? quis non potius illa concludentem digno riſu exciperet?

§. XII.

Eodem numero habenda verba ironice aut deriſorie prolata. Nam & hæc cum non ſint notæ eorum, quæ in animo geruntur, ſed potius oppoſitorum, Panormitan. in *c. ſcribam. X. de Præſumt.* & magis intendant contrarium ejus, quod ipſa ſonant. Martin. Uran. *vol.* 3. *conſil.* 42. *n.* 46. *inter matrimonialia.* Sponſalia non inducunt. Atque ita, qui interroganti fœminæ & dicenti: *ſis maritus meus*, reſponderat: Ja: cum ex reliquo contextu apparuerit, ipſum ironice hoc verbum protuliſſe, non præſumitur conſenſiſſe ac per conſequens non obligatur. Uran. *d. vol.* 3. *Conſ. Matrimon.* 39. *n.* 8. Ironice autem hoc verbum Ja fuiſſe prolatum conſtabit, ſi correptum fuerit, acutoque accentu enunciatum, quo caſu nunquam probare Sponſalia adſtruit Uran. *d. vol.* 3. *conſ.* 20. cum ſecundum quamlibet animi acceptionem non ſit expreſſivum conſenſus, uti per ſe patet, ſed potius tale, quod cum quadam indignatione conſenſum refutat atque repudiat.

§. XIII.

Idem obtinet in verbis exempli gratia prolatis *L.* 3. §. *ult. ff. de O. &*

O. & A. etiamsi alias per se sint obligatoria. Unde si aliquis diceret ad Virginem: *Dic mihi, quomodo contrahitur matrimonium:* Et Virgo simplex responderet: *Cum dicimus peto te in virum, & tu respondes, accipio te in uxorem.* Ille placere sibi hoc asserat, firmiterque persuadeat, jam esse contractum matrimonium, cum verba de præsenti & directo obligatoria intervenerint, virgo se ex *d. L.* 3. tueri poterit, quod exempli tantum jocique causa hæc protulerit, omni penitus consensu, animo ac proposito nuptias contrahendi deficiente. Zasius *ad d. L.* 3. *ff. de O. & A. n.* 11.

§. XIV.

Neque aliter dicendum de verbis ambiguis, utpote quæ pro jocosis haberi, dixi *th.* 3. *in fin. h. cap.* Inde si Virgo juveni interroganti: *An matrimonium cum ipso inire velit?* respondeat: Ist es auch Fragens werth? non dicuntur Sponsalia esse contracta, uti in terminis tradit Carpzov. *P.* 4. *C.* 20. *def.* 9. Verba enim hæc admodum obscura sunt & dubia, quæ inutilia ad causam aliquam expediendam. *l.* 12. *§.* 2. *C. de ædif. privat. l. un. C. de novi oper. nunciat. c.* 7. *dist.* 33. Quod tum imprimis verum erit, si puella parentibus orbata fuerit: Nam hujus clarior requiritur consensus. D. Stryk. *in Annot. ad Brunnemann. Jus Ecclesiast. L.* 2. *cap.* 16. *§.* 3. Quod si parentes adhuc habuerit, etiam tacita paternæ voluntatis approbatio sufficit: *l.* 7. *&* 12. *ff. de Sponsal.* cum optimum pro liberis consilium suscipere dicantur parentes *L.* 22. *§. fin ff. ad L. Jul. de Adult. l.* 36. *§. ult. ff. de Excusat. Tutor.* & nullus affectus extraneus inveniatur, qui vincat paternum. *l.* 7. *C. de Curat. Furios.*

§. XV.

Restat, quid de verbis conditionem impossibilem exprimentibus habendum. Solent enim Sponsalia sub variis conditionibus contrahi *tot. tit. X. de Condit. appos.* Vid. Beust. *de Jure Connub. p.* 1. *qu.* 18. *seqq.* Fachin. *L.* 3. *Controv. c.* 36. *seqq.* Et sicuti necessariæ & honestæ conditiones maturo consilio adjectæ censentur, ut ipsis existentibus sponsalia firma sint ac rata, deficientibus vero nihil promissum videatur; Carpz. *Jurispr. Eccles. l.* 2. *dec.* 20. *n.* 7. ita impossibilium & turpium dispar ratio est. Promissio enim hic est inter duas personas,

de quarum voluntate utrinque constare debet; In hujusmodi vero actu, ubi impossibilis conditio apponitur, talis utrorumque cogitatio, ut nihil agi existiment. *l.* 31. *ff. de O. & A.* Struv. *Syntagm. Jur. Civ. Exerc.* 29. §. 6. Jacob. Mæstert. *de Justit. LL. Roman. l.* 2. *dub.* 6. Henr. Rennem. *Jurispr. Rom. Germ. membr.* 1. *disp.* 41. §. 40. Ludere igitur ac jocari potius videntur voluisse, quam de perpetua ac indissolubili vitæ consuetudine disposuisse ac animum se obligandi habuisse.

§. XVI.

Contrarium quidem placuit Pontifici *c. ult. X. de Condit. appos.* conditionem scilicet impossibilem pro non adjecta habendam. Præcavendum enim statuit, ne in re tam seria, ac spirituali, qualis matrimonium est, joci adminiscerentur, ideoque in favorem matrimonii, & ut petulantiæ eorum, qui pudicitiæ imbecillis sexus insidias struunt, frænum injiciatur, hoc decrevit. Besold. *tr. de nupt. c.* 6. *n.* 7. *p.* 27. Carpz. *Jurispr. Eccles. l.* 2. *def.* 23. *n.* 2. Verum enim vero cum per impossibilem conditionem à scientibus appositam, omnis omnino, uti dictum, consensus excludatur, absque quo neque sponsalia, neque nuptiæ subsistere possunt, merito de hoc Pontificis asserto dubitamus, consideratisque circumstantiis, an pro matrimonio pronunciandum sit, prudentis Judicis discretioni relinquimus. Stryk. *ad Brunnem. Jus Eccles. l.* 2. *c.* 16. §. 14.

§. XVII.

Quantum ad signa vel facta, quibus similiter consensum declarari supra dixi *th.* 2. certum est, ex sola familiaritate, cum quis jocatur cum virgine, de Sponsalibus vero nullam mentionem facit, Sponsalia non posse dici contracta, cum consensus in Sponsalia deficiat *c.* 25. *X. de Sponsal.* Et quamvis nimia familiaritas veram præsumtionem matrimonii inferre dicatur, Petr. Greg. Tholos. *Syntagm. Jur. Univers. l.* 36. *cap.* 12. *n.* 17. Add. *c. dicat.* 9. *c.* 32. *qu.* 4. nedum Sponsaliorum; probationem tamen certam non facit, cum de animo contrahendi con constet. D. Stryk. *in d. Disp., de Jur. Blandit. n.* 2. *n.* 40. ficulneisque ejusmodi argumentis, arduam quam maxime matrimonii materiam superstruere non conveniat. Pleniores itaque requiruntur probationes, nec suaves illæ viridiorum annorum ineptiæ, ac verba illa, uti antea dixi, sacchaaro incrustata hanc rem conficiunt.

ficiunt. Alber. Gentil. *l. 2. de Nupt. cap.* 14. *&* 15. Henning Arnisæus *de Jure Connub. c.* 3. *p.* 27. Cypræus *de Jure Connub. P.* 1. *c.* 9. *§.* 14. *n.* 24. Nisi forte jocus ejusmodi fuerit, qui non nisi inter conjuges vel Sponsos liceret, cujus generis erit das Schurtztuch, quem Reinking. Biblische Policey *l.* 3. *c.* 20. putat fuisse jocum Isaaci cum Rebecca, de quo *Genes.* 28. *v.* 8.

§. XVIII.

De amplexibus, osculis, dextræ datione & similibus, dubium esse poterat, quid de illis habendum? Vulgus quidem hominum hæc interpretatur in amorem maritalem; sed perperam. Sunt enim signa æquivoca, & dubia, quæ etiam prudentissimos fallunt. *l.* 2. *ff. de Jur. & fact. ignor.* & ab iis ignorantur. *l. fin.* §. 1. *in fin. ff. pro suo.* Variant siquidem circumstantiæ, quarum etiam minimæ aliud jus inducere solent. *l.* 4. §. 1. *ff. de incend. ruin. & naufrag. l.* 72. *in fin. ff. de judis. l.* 38. §. 8. *ff. de jurejur. l.* 2. *ff. de Re judic. l.* 11. *pr. ff. de Pæn.* Quod si itaque animo contrahendi matrimonium interveniant, & virgo absque reluctatione eadem accipiat, Sponsalia jam contracta esse, vel illico contrahenda probabunt. Kitzel. *Synops. Matrim. c.* 4. *theor.* 7. *lit. L. & M. & c.* 5. *theor.* 3. *lit. E.* Qui animus si absit, contrarium obtinebit, & non quid factum, sed quare ita factum, considerandum erit. Havemann. *Gamolog. Synopt. l.* 1. *tit.* 7. *pos.* 5. §. 2. Taceo pro insulso haberi juvenem, quisquis ille demum fuerit, qui amorem à virgine præsentatum aspernatur, quo tamen ipse aliquando frui desiderat, atque hic locum invenire illud Poetæ:

Dii! pereat, quisquis lepidam spectare puellam
Ferreus haud ulla tactus amore potest,
Turgidulosque oculos leviterque natantes
Nec poterit blandum poscere basiolum.

Accedit, quod natura cognationem quandam inter homines constituerit. *l.* 3. *ff. de Just. & Jur.*

Nam lepidum, nam dulce aliquid blandumque videri
Opposuit natura viris, quo ducimur omnes,
Sed sive vi, sed sponte tamen, cujus centrumque puella est.

Ex congenita ergo quadam erga virgines affectione, ejusmodi signa proficisci, dicendum potius, quam ex singulari ardentique amore.

§. XIX.

Eadem vulgi opinio esse solet, si quis cum virgine quadam solum in nuptiis, missis reliquis, choreas ducat, quæ tamen ob easdem rationes non admittenda est. Choreas etenim ducere libertatis est naturalis, nec ullo jure quis cogi potest ad saltandum cum ea, quæ moribus suis minus convenire videtur. Non enim omnia unicuique placent & vulgatissimum est illud: *Trahit sua quemque voluptas.* Benevolentiam igitur potius suam testandi causa, ac demonstrandi, quantum ex conversatione ipsius gaudii ac lætitiæ percipiat, factum hoc esse statuendum. Forsitan & aliæ causæ esse poterunt, quas hic recensere nostri non est instituti.

§. XX.

Idem dicendum puto, si juvenis audiens virginem, cujus desiderio tenetur, ad nuptias invitatam, ut virginis conversatione frui possit, vel finita cœna ipse choreas visitet, Wenn einer die Jungfer zu caressiren auf den Großvater gehet, vel ut ad easdem nuptias invitetur, per alios ad hoc subornatos, procuret. Quod & obtinebit, si frequenter plateam, in qua virgo habitat, decurrat, vel prætereuntem sicca & inani tussicula ad aspiciendum ac salutandum sollicitet: Calori nimirum juvenili hæc omnia veniunt adscribenda, quem refrænare admodum est difficile.

§. XXI.

Quid vero si annulus, aut aliud quoddam donarium oblatum fuerit à juvene virgini, vel vice versa à virgine juveni, nam & hic non raro jocum dedisse causam dationi obtendi solet? Et non præsumi ex sola ejusmodi datione Sponsalia verum puto, cum hæc ipsa datio etiam in aliis negotiis *l.* 11. §. 6. *ff. de Act. empt.* ac ob alias causas *c. illud quoque.* 11. *X. de præsumpt.* & ludendi vel donandi animo *l.* 36. §. 1. *ff. de Donat. inter Vir. & Uxor.* aut ex amore etiam turpi fieri possit. Jacob Thoming. *Vol.* 1. *Cons.* 52. *n.* 30. Arnis. *de Jure Connub. c.* 3. *sect.* 1. *n.* 8. Sanchez *de matrim. l.* 1. *disp.* 22. *n.* 1. Stuck. *Cons.* 5. *n.* 56. *seqq.* Et si secundum sententiam Canonistarum nec copula carnalis quidem

quidem sufficiens est, ut inde Sponsalia colligi possint, si scil. illa copula Sponsalia præcesserit, Covarruv. *de matrim. p.* 1. *c.* 4. §. 1. *n.* 20. multo minus datio donarii cujusdam sufficiet. Quorsum refero annulum, quem Ovidius amicæ suæ dedit *libr.* 2. *Amor. Eleg.* 15. & illum quem Pamphylus Phylumenæ per lasciviam detraxerat, de quo Terentius *Hecyr. act.* 4. *Scen.* 1. *vers.* 59.

§. XXII.

Quod tamen, cum omnibus hucusque dictis ita intellectum volumus, nisi tractatio de Sponsalibus vel matrimonio præcesserit, de quo Mascard. *de probat. Conclus.* 1025. *n.* 2. Sic enim si eandem subsequatur annuli traditio, & ex parte mulieris acceptatio, Sponsalia inita præsumuntur; Cypræus *de Jure Connub. p.* 1. *c.* 11. §. 5. *n.* 2. & tunc demum verum erit illud Vulgi effatum: Ist die Jungfer beringet, so ist sie genug bedinget. Idem dicendum erit de verbis supra *th.* 14. relatis: Ist es auch Fragens werth? Nam si hæc præcesserit tractatus Sponsalitius, consensus inde haud obscure concludi potest, cum pudori virginali adscribendum, quod expressis verbis annuere noluerit Virgo. Hahn. *ad Wesenbec. tit. de sponsal. n.* 6. Sic si concubitus insuper ad verba vel facta jocosa accesserit, rem seriam egisse contrahentes res ipsa testatur. Hinc tali in casu pro matrimonio pronunciatum, in causa alicujus, qui viduæ vitiatæ fidem dederat: *se frustum panis cum ea participaturum, nec unquam eam deserturum,* & nihilominus hæc verba per jocum prolata volebat, referente Cypræo *d. tr. c.* 4. §. 16. *n.* 5. *seqq.*

§. XXIII.

Hoc itaque demum casu interpretatio contra eum facienda, à quo per jocum quid factum aut prolatum, *L. Veteribus.* 39. *ff. de pact.* Cypræus *d. c.* 4. §. 13. *n.* 2. & sic pro matrimonio. Panorm. *in c. Tua nos n.* 1. *X. de Sponsal.* Matrimonii etenim favor multus est, *c. ex Literis.* 7. *X. de Sponsal.* Alciat. *libr.* 1. *consi.* 13. *n.* 15. Menoch. *de præsumt. libr.* 3. *præs.* 3. *n.* 9. & verba hoc casu aut facta jocosa non ad simulandum, sed ad exprimendam mentem intervenisse censentur. *arg. L.* 7. §. 2. *vers. id Tubero. ff. de Suppell. leg. L.* 67. *ff. de Legat.* 3. Ut adeo non audiendus

dus sit, qui dicit: Es wären nur Complimenten gewesen, Rhetius *disp. de Virgin, c.* 5. §. 4. Sed probatio ipsi injungenda, se hujusmodi quid joco tantum fecisse. Colerus *Dec.* 300. *n.* 2. *seqq.*

§. XXIV.

Annon vero, si aliter hoc probari non possit, juramento ejus purgatorio standum sit quæritur? Quod sicubi sponsalitia tractatio præcesserit, omnino affirmandum puto: Sic enim sufficiens præsumtio militat contra illum, qui verba jocosa protulit, absque qua nec in causis criminalibus huic juramento locus, docente Carpzov. *L.* 3. *Jurispr. Eccles. def.* 47. *n.* 2. *seqq.* Hanc igitur præsumtionem juramento elidere necessum habet, alioquin pro Sponsalibus pronunciare æquius erit. Brunnemann. *ad l.* 4. *ff. de Sponsal. n.* 5. Esbach. *not. ad Carpzov. p.* 4. *c.* 20. *def.* 9. *n.* 5. nisi tamen manifesto satis constaret, verba jocosa vel ambigua serio fuisse prolata. Havemann. *Gamolog. Synopt. L.* 1. *tit.* 7. *pos.* 7. §. 1. Tali enim casu juramentum deferre, nihil aliud esset, quam ansam præbere perjuriis. Quod itidem verum puto, si manifesto satis de joco constaret, uti in casu supra *th.* 8. relato, sic enim nisi aliæ concurrerent circumstantiæ, juramento non esset gravandus reus. vid. D. Stryk. *d. disp. de Jure blandit. c.* 2. *n.* 52. & 53. cum juxta Grot. *de J. B. & P, l.* 2. *c.* 16. §. 1. *n.* 2. rectæ interpretationis mensura sit collectio ex signis maxime probabilibus. Add. Coler. *Dec.* 300. *n* 3. *seqq.* Gail. 2. *obs.* 106. *n.* 5.

§. XXV.

Et hæc de joco à contrahentibus commisso. Quod si parentes jocose annuerint nuptiis liberorum, pari ratione inde non poterit concludi illorum consensus, quem tamen & civilis & naturalis ratio exigit *pr. I. de Nupt.* Inde si pater virginem, quam filius sibi desponsari cupit, appellaverit *filiam suam*, seine liebe Tochter, consensus exinde, si non alia adsint adminicula, colligi nequit. Verba enim hæc admodum dubia & obscura sunt, quibus plerique senes puellis blandientes uti, illisque juniores honorare solent. Carpz. *Jurispr. Eccles. L.* 2. *def.* 42. *n.* 7. *seqq.* Quæ, ut & alia cum ex antea dictis luce sua radient, confero me ad

CA-

CAPUT III.

De Joco circa Actus inter vivos.

SUMMARIA.

1. *Transitus.*
2. *In translatione rerum ac jurium duarum personarum voluntas requiritur.*
3. *Inter vivos acquiruntur (1) Liberalitate alterius. Huc spectat a) Pollicitatio.*
4. *Ex Pollicitatione quis tenetur, si seria fuerit. Non si jocosa.*
5. *Inter pocula promittens non tenetur. Nec qui officii causa sua bona alteri obtulit.*
6. *Quomodo hoc procedat? Explicatur Can. 3. c. 17. qu. 4.*
7. *Pertinet huc b) Donatio. An obligetur, qui non solum rem, de qua quærebatur, donavit, sed aliam quamcunque?*
8. *(2) Ex Contractu. Jocus imprimis se exserit in Contractibus verbalibus.*
9. *Valet Stipulatio, cui jocus extrinsecus accedit.*
10. *Quod ulterius probatur.*
11. *An valeat stipulatio cui Jocus ex parte alterius inest?*
12. *Qua ratione hoc verum?*
13. *Quomodo contrahatur stipulatio? An valeat promissio sinistræ manus datione confirmata?*
14. *Conditio jocosa possibilis promissioni adjecta valet. Exemplum hujus* in den Leber Reimen.
15. *An qui non expresse consensit, in rythmis proferendis, tamen teneatur?*
16. *An qui in distractione clavicula* des Ziehbeins *victus teneatur?*
17. *Conditio jocosa impossibilis vitiat contractum.*
18. *Idem in Condit. Imposs. lege tali. An quis possit se obligare ad buccas inflandas?*
19. *Promissum ex tali causa non debetur.*
20. *Sponsiones jocosæ, si non turpes, valent. Exemplum.*
21. *Modo factæ fuerint absque captatione verborum.*

22. *Ad fidejussionem requiritur seria voluntas fidejubentium.*
23. *An qui non solum pro summa, de qua rogatus, sed etiam alia quacunque fidejusserit, teneatur?*
24. *An puniendus fidejussor, qui joco negavit fidejussionem?*
25. *Num venditor, qui joco varios enarravit morbos interque hos etiam verum, teneatur?*
26. *An venditor qui jocose de fide habenda alteri fidem facit, teneatur?*
27. *Cautela circa promissiones, quæ videntur jocosæ vel obscuræ.*

§. I.

ACquisitionis, in qua jus rerum se potissimum exserit, modi distinguuntur à Grotio *de J. B. & P. l. 2. c. 3.* §. 1. in *originarios & derivativos*, Confer. Pufendorff. *de J. N. & G. l. 4. c. 6.* §. 1. Illis, quibus ab initio proprietas in rem aliquam introducitur, cum ad propositum nostrum parum, imo nihil conferant, in præsens missis, derivativos, quibus dominium jam constitutum ab uno homine in alium transit, quatenus nostri erit instituti, hac vice expendemus. Et quidem, cum aliqui horum inveniantur occupati circa eventum mortis, sive ultimas voluntates, aliqui inter vivos res transferant, illis ad subsequens caput reservatis, hos præsenti inclusos capiti absolvemus.

§. II.

Sicut autem in translatione jurium ac rerum duæ interveniant personæ necessum est, quæ transfert, & in quam transferuntur: Ita in his acquirendi modis, duarum voluntatum requiritur concursus, dantis scilicet, & accipientis. *L. In omnibus. 55. ff. de O. & A.* Alienatio enim præcipue innuit rem à Domino volente transire, non invito per meram violentiam eripi. *L. 11 ff. de R. J.* §. 41. *I. de R. D.* Et ut alienum à priori dominum accipiat res, hunc quoque consentire oportet, cum inconveniens sit, ut res substantia sua physica à me separata, mihi velut adjungatur, ni voluntate & consensu meo eandem amplexus fuerim, Pufendorff. *de J. N. & G. l. 4. c. 9.* §. 2. consensumque meum idoneis signis declaraverim, *L. 2. L. 52. ff. de O. & A.* §. 2. *I. de donat.* quo cæteris de quo liquido constare queat, cum huma-

Digitized by Google

humanæ societati incongruum sit, solis actibus internis tribuere vim producendi jura, quæ adversus alios homines effectum sunt habitura. Grot. *de J. B & P. l. 2. c. 6. §. 1. n. 1.* Pufendorff. *l. 4. c. 9. §. 3.* ut eo casu eundem juris effectum esse eluceat, non esse & non apparere voluntatem rem suam transferre volentis. Robert. Scharrock. *de Offic. secund. Jus Natur. c. 4. n. 3. §. 2.* D. Simon, *annot. ad Grot. l. 2. c. 11. §. 11.*

§. III.

Proficiscuntur vero modi illi acquirendi inter vivos, vel ex *sola liberalitate*, vel ex *interposito contractu*. Inter illos recensemus *Pollicitationem*, quæ nihil aliud est, quam nudum & spontaneum offerentis promissum, qui benigne Reipublicæ se quid facturum promisit *l. 3. ff. de Pollicit.* Wesenbec. *ad ff. tit. eod. n. 1.* Ex hac tanto major obligatio, quanto majus vinculum est, quo Patriæ tenemur, de quo eleganter disserit Connanus, *libr. 5. Comment. Jur. Civ. cap. 8. n. 6.* Undelicet ex nudo pacto de Jure Civili aliquis non obligetur. *l. 7. §. 4. & 5. ff. de Pact. l. 1. & 10. C. de Pact. Convent. l. 95. §. 4. ff. de Solut.* Secus tamen esse in Pollicitatione, affatim docet inspectio *tit. ff. de Pollicit.* Crimen enim perfidiæ tantopere improbatum *l. 1. ff. de Pact. l. 1. & 25. ff. de Constit. pecun.* crescit ob publicam utilitatem, adeo ut penitus absonum sit, in causis Reip. promissa violare, vel fidem frangere *l. 1. §. 4. ff.* gratiamque semel factam minuere *l. 8 ff. de Pos. de Pollicit.*

§. IV.

Sed hoc ita si seria fuerit & constans pollicitatio. Struv. *in Syntagm. Jur Civ. Exerc. 50 th. 84.* Sic enim non audiendus, qui oris libertate se defendit, sed potius cogendus, ut, quod dixit, præstet. *L. Traditio. 20. §. 1. in fin. ff. de A. R. D.* Hinc locum hoc casu habet, quod dicitur in *l. fin. in fin. C. de Dot. promiss.* Qui effuso sermone sese jactat, in promptum incidit periculum. Aliud obtinet, si ex joco, jactantia, præcipiti fervore, similive causa hujusmodi promissio facta, ubi non tenet promittentem, *arg. l. 1. §. 1. ff. de Pollicit. & L. Hoc Jure. 19. pr. ff. de Donat.* Add. *L. Locatio. 9 pr. ff. de Public. & Vectig. L. Quicquid. 48. ff. de R. I. L. Contractus. 54. ff. de O. & A.* Siquidem nullibi magis, quam in promissionibus & votis requiritur deliberatio *arg.*

can. 3. *c.* 17. *quæst.* 4. & *c.* 3. *X. de Vot.* Decius *ad d. l.* 48. *ff. de R. I. n.* 3. Gerard. von Stöcken, *in diss. de pollicitat. qu.* 12. *th.* 55. utpote in quibus præter modum solemus esse liberales, nec tam attendere, quid dicamus, quam an placeamus.

§. V.

Qui itaque inter pocula quid pollicitus est, inde non tenetur. Vid. Joach. Burgers. *in Cent.* 1. *Observ. Milit.* 45. Quem enim pocula non faciunt disertum, quem non liberalem?

Vinum facit vetulas leviter salire,
Et ditescit pauperes, *claudos facit ire,*
Mutis dat alloquium, surdis dat audire.

Idem est in eo, qui officii aut urbanitatis gratia se non solum alteri obtulit, sed omnia quoque sua bona pollicitus est. Parlador. *L.* 2. *Rer. Quotid. cap.* 3. *n.* 45. Martin. Mager. *de Advocat. Armat. cap.* 18. *n.* 226. Ziegler. *in Comment. ad Prax. Calvoli in* §. *Landsassii. concl.* 1. *n.* 200. Hujusmodi enim complimenta, non sunt cordimenta, sed condimenta urbanitatis, seu vocis supplementa, non rei implementa, uti ex Tacito refert Author. *Nugæ Somnior. Class.* 1. *part.* 4. *p. m.* 27. Et talia verba curialia, ne hilum quidem obligant. Limnæus *de Jure Publ. libr.* 4. *c.* 6. *n.* 75. Anton. de Amat. *Dec.* 53. *n.* 9. ob præsumtive iis inhærentia mendacia, Pacian. *Consi.* 153. *n.* 23. & quia non alio, quam adulandi animo censentur prolata. Unde vel hinc *Curialia* à Dd. dicta, quod scilicet, soleant Aulici, & qui in Principum comitatu sunt, aliud sentire, aliud loqui, uti opinatur Alciat. *libr.* 2. *Parerg.* 12. *circ. princ.*

§. VI.

Quod procedit, nisi quis jam cœperit opus facere, aut pecuniam solvere, quam dicis gratia & joco promiserat. *l.* 1. §. 2 & 3. *l. toties.* 6. §. 1. *de Pollicit.* Jason. *in Rubric. de V. O. n.* 7. Nam tunc quod gestum est deseri amplius non debet, cum inchoatio præsumtionem joci excludat atque seriam fuisse promissionem significet. Brunnem. *ad Wesenb. quæst.* 3. *tit. de Pollicit.* Idem est, si ex aliis indiciis de serio ani-

animo constet, utpote si ex justa causa promissio facta, *l.* 1. §. 1. *ff. de Pollicit.* v. g. propter incendium, terræ motum, similemve alium casum. *l. propter.* 4. *& l. ob casum.* 7. *ff. eod.* Aut si quis semel iterumque promiserit. Nam geminata promissio seriam demonstrat, atque enixam alterius voluntatem. *l. si mulier.* 22. *C. Ad SCtum. Vellej. l.* 4. *ff. de Fidejuss. dat.* Reinking. *de R. S. & E. libr.* 3. *Class.* 1. *cap.* 10. *n.* 40. Aug. Barbos. *in Thesaur. Locuplet. libr.* 7. *cap.* 1. *tot.* Ex quibus facile est, ad *d. c.* 3. *c.* 17. *qu.* 4. respondere, ubi donatio Ecclesiæ facta tumultuario mentis impulsu negatur esse revocanda: Nam *vel* verba illa: *tumultuario mentis &c.* ad revocationem erunt referenda, uti censet Decius *ad l.* 48. *de R. I. n.* 1. *vers. Advertendum tamen est.* *Vel* potius canon de illo pollicitante erit intelligendus, qui quidem in angustiis & periculo fuit constitutus, vovit tamen cum judicio, aut periculum evaderet. Hujus enim temeraria revocatio instar sacrilegii habetur *d. can.* 3. Add. Archi-Diaconus *in d. can.* 3. *c.* 17. *qu* 4.

§. VII.

Pertinet huc etiam *Donatio*, quæ licet quandoque certo modo & ratione certarum specierum, ad contractus referri possit: Nobis tamen hoc loco est liberalitas, quæ nullo jure cogente ex sola animi benignitate proficiscitur, *l.* 29. *pr. ff. de Donat* Brunnemann. *ad Wesenbec. quæst.* 1. *&* 2. *ff. de Donat.* Add. Gothofred. *ad l.* 67. §. 1. *ff. de Leg.* 2. quo sensu contractui seu negotio gesto in Jure nostro haud raro opponitur, uti in *l. Interdum.* 14. *ff. de Precar. l. si prædia.* 58. *pr. in fin. ff. de Donat. inter Vir. & Uxor. l.* 43. §. 1. *ff. de Administr. Tut.* Hæc ut subsistat ab utraque parte consensum requirit serium, & voluntatem donandi certam. *l.* 7. *&* 8. *C. de Donat.* ibique Gothofred. Quapropter donare rogatus rem aliquam, si dixerit, se non hanc solum, sed & aliam quamcunque rem, donaturum, ne quidem ad rem illam certam donandam obligatur, uti aperte probari videtur per *c. Cum venissent.* 6. *vers. Ipse vero timens. X. de Institut.* Vid. Doring. *in Bibliothec. JCtor. voc. Adulatio,* Anton. Gomez. *Tom.* 2. *Variar. Resol. cap.* 4. *n.* 5. *in fin.* Joh. Crotius *in Lectur.* 1. *ad Tit. de V. O. n.* 61. Speidel. *in Observ. lit. C. n.* 69. *voc.* Complimenten. Verba siquidem adulatoria sive honoris non obligant, Casp. Klock. *de contribut. c.* 7. *n.* 119. cum inanes

bullæ sint, Ddres *ad d. c. cum venissent. X. de Instit.* ex quibus dissensus potius, quam consensus elicitur. Zasius *ad l. 3. §. 5. ff. de Condict. caus. dat. caus. non secut. n. 11.* Animum enim donandi si habuisset, illum vel unico verbulo exprimere potuisset, omisso tanto verborum anfractu & apparatu. Unde multa pollicenti non esse fidem habendam, infert Bartol. *in l. Non omnes. 5. §. fin. ff. de Re Milit.*

§. VIII.

Et hæc de modis acquirendi, quæ ex liberalitate proficiscuntur. Progrediendum nunc ad modos, quibus ex interposito contractu acquiritur. Qua ratione, contractus nihil aliud est, quam *modus ex conventione per se & sua natura efficaciter obligandi*, quemadmodum etiam definit Franzk. *ad ff. tit. de Pact. n. 30.* Injicitur ergo mediante contractu frænum quoddam morale nostræ agendi libertati, ut in diversam, quam quidem contractus ducit, partem tendere recte non possimus. Pufendorff. *de I. N. & G. l. 1. c. 6. §. 5.* De quo onere deinceps sustinendo, ne quis jure conqueri possit, conventionem ex utraque parte intervenire necessum est. *l. 1. §. 2. ff. de Pact.* utque in illud onus ultro quis consentiat, suoque sibi arbitrio arcessat, quod repudiare in ipsius erat potestate. Struv. *Jurispr. Rom. Germ. Forens. l. 3. tit. 1. §. 3.* Pufendorff. *l. 3. c. 6. §. 1.* Cui consensui cum inter cætera & jocus adversetur, illeque nullibi magis, quam in contractibus verbalibus se exserat, de illis paulo uberius nunc erit disquirendum.

§. IX.

Quod itaque Stipulationem attinet, distinguendum puto: Utrum *jocus extrinsecus accedat stipulationi*, an vero *ipsi rei, quæ in stipulatum deducitur, insit.* Prioris casus exemplum est; Si quis interrogatus, *Spondes?* responderit: *Arma virumque cano, spondeo.* Ubi quamvis quoad modum stipulandi respondens jocari videatur, nihilominus tamen eum obligari, decisum in *l. Quæ extrinsecus. 65. pr. ff. de V. O.* cum ea, quæ extrinsecus accedunt, & nihil ad præsentem actum pertinent, si adjiciuntur stipulationi, pro supervacuis habeantur, nec vitient obligationem. Gœddeus *de contrah. stipul. cap. 3. concl. 6. n. 89.* Conf. *l. 37. C. de Donat.* Necessaria enim prætermissa imminuunt

nuunt contractus, & officiunt contrahentium voluntati, non superflua. l. 17. *C. de Testam. l. 56. ff. Mandat. l. 32. §. 16. ff. de Auro & Arg. Legat. l. 26. in fin. ff. de Adim. & transfer. Legat. l. 94. ff. de R. I.*

§. X.

Quamvis vero alias superflua quoque, si contra naturam actus adhibeantur, contractum faciant nullum, Gothofred. *ad* l. 17. *C. de Testam.* Confer. *l.* 8. § 7. *ff. de Fidejussor. l. 77. ff. de R. I.* & actu impertinenti vitietur stipulatio, *l. Continuus.* 137. *ff. de V. O. l.* 1. §. *ult. ibi: dummodo congruenter respondeatur. ff. Eod.* Hic tamen, cum ab utraque parte consensus adsit, & saltem jocus in contrahendo sive stipulando concurrat, pro validitate stipulationis merito pronunciandum; cum sufficiat, de sensu & consonante intellectu ab utraque parte constare, quibuscunque verbis etiam ille fuerit expressus. *l.* 10. *C. de Contrah. Stipulat.* §. 1. *I. de V. O.* Neque jocus intermedius inter interrogationem & responsionem prolatus, confestim interrumpit continuam interrogationis & responsionis conceptionem, cum sæpe homines in more positum habeant, ut interrogati, dum deliberant, quid respondere velint, soleant dicterium quoddam murmurare vel palam etiam proferre, alii caput quassare, alii raptim hinc inde cursitare. Hoc igitur si fiat & habita animi deliberatione, subjiciatur conveniens responsio, nihil putatur intervenisse, quod impedimento sit negotio principaliter tractato *arg. l.* 1. §. 1. *ff. de V. O.* Vid. Gœdd. *d. l. n.* 48. *& seqq.*

§. XI.

Posteriori casu, ubi jocus non extrinsecus accedit ad Stipulationem, sed ipsi Stipulationi à parte alterius inest, paulo aliter se res habet. Quid enim si stipulanti cuidam fundum, alter fundum promiserit; Postquam vero ad traditionem perventum promissor modicum terræ, vix palmam manus exæquans, obtulerit stipulanti his verbis: *Ecce fundum, hunc intellexi*; aut si roganti donum nundinale aliquis promissione facta donaverit crembalum, wenn einer einem eine Messe zugesaget, und nachmals an statt derselben eine Maultrummel, oder Pfennigs-Pfeiffe schencket, an hac ratione liberabitur? Et liberari eundem puto, non solum quia fundus ex destinatione patrisfamilias ordi-

ordinatur. *l. locus.* 60. *pr. ff. de V. S.* & modicus etiam locus minimaque fundi portio, gleba scilicet, fundus dici possit, si fundi animo eum habuerimus, cum non magnitudo fundum faciat, sed nostra affectio, *d. l.* 60. quod idem etiam de dono nundinali, von der Messe verum est; Sed etiam quia promittens tantum alterum ludificari & jocose cum ipso agere voluisse videtur. arg. *l.* 23. *ff. de S U. P.* Zasius *ad l.* 80. *ff. de V. O. n.* 2. Confer. Wissenbach. *ad d. l.* 60. *de V. S.* Gœddeus *ad eand. leg. n.* 9.

XII.

Quod inprimis verum; si ex circumstantiis de animo jocandi constiterit: In obscuris enim aut ambiguis id sequimur, quod actum est, *l.* 34. *ff. de R. I.* aut si non appareat quid actum sit, id sequimur, quod in ea regione, in qua negotium gestum est, frequentatur, *d. l.* 34. *& l. si fundus.* 6 *ff. de Evict.* Vel si neque hoc appareat, id spectamus, quod verosimilius est, & plerumque fieri solet, *l.* 114. *ff. de R. I.* Aut denique si ne ultimum quidem liqueat, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, *l.* 9. *ff. de R. I. l.* 83. §. 3. *de V. O. l.* 39. §. 6. *ff. de Legat.* 1. Conf. Wissenb. *ad d. l.* 9. *ff. de V. S.* It. *cap.* 4. *th. pen. & ult.*

XIII.

Contrahitur Stipulatio, quemadmodum etiam omnis alius contractus, vel pure, vel sub conditione, vel in in diem. §. 2. *I. de V. O.* Si *pure*, sufficit, modo constiterit de consensu. Quamvis enim etiam hoc casu nonnunquam quid accedere soleat contractibus, uti: scriptura, manus porrectio &c. hæc tamen omnia nihil addunt, vel detrahunt substantiæ rei, neque contractus ex iis substantiam capiunt, sed solummodo evidentioris consensus ac fidei majoris ergo adhibentur. Tiber. Decian. *Vol.* 3. *Resp.* 64. *n.* 14. Quoniam vero secundum receptos mores à promittentibus dextra manus invicem porrigi soleat, juxta proverbium: *En dextra fidesque*, dubium esse poterat: Quid de sinistra statuendum, utpote si duo sibi invicem quid promittentes manus sinistras conjunxerint? Et lusisse promittentes probabile videtur; Non quidem ac si sinistra manus per se vitiaret actum: hoc enim abunde satis refutari potest ex matrimonio ad Morganaticam con-

contracto, de quo *integram disputationem* conscripsit D. Linke. Sed quia consensus perfectus non præcessisse videtur actum, sed potius ex joco ac lusu promissio facta, quod sinistræ manus porrectio, contra mores Gentium facta, quasi testatur, Conf. disp. Præsid. D. Strykio habita *de Manu Stipulat. & Porrect. c. 2. n. 37. seqq.*

XIV.

Quod *conditiones* spectat, variæ contractibus adjiciuntur. Suntque illarum aliæ possibiles, aliæ impossibiles. *l. 2. & 3. ff. de Condit. & Demonstr.* Coppen. *Usu pract. Instit. lib. 1. Obs.* 129. §. 25. *seqq.* Possibiles, quamvis jocosæ sint, indistincte tamen admittuntur, § 4. *I. de V. O.* nec quicquam detrahunt validitati obligationis. Unde si inter epulas & convivia, nonnulli se obligaverint ad rythmos proferendos, in comestione jecoris, **wenn sie die Leber reimen wollen**, quod usitatum hodie esse solet in epulis, quibus recreatio intenditur, quo ita eo major jocandi ansa vel occasio suppeditetur nullum dubium est, quin obligatio hæc, tanquam honesta, valida sit, omnesque convivæ ad illam implendam obligentur.

§. XV.

Quæritur vero hoc casu, an ille qui tale quid expresse non promisit, si nihilominus se reliquorum consortio adjunxerit, ad eandem conditionem implendam teneatur: **Ob er auch reimen müsse?** Quod affirmandum puto, quoniam approbando epulas, approbasse quoque videtur ritus hujusmodi epularum. Eandem itaque conditionem una cum cæteris subire debet, cum secundum naturam sit, ut qui lucrum amplectitur, onus ei annexum contemnere haud possit. *L. un. §. 4. C. de Caduc. tollend. l. 10. ff. de R. I. & c. 55. eod. in 6to.* Et vix est, ut ignorantia excusare possit, quem mos non lippis solum atque tonsoribus, sed & puerulis, fari inchoantibus notus, latere non poterat. Quid quod nemo ignarus debeat esse conditionis eorum, quibus se adjungit, *l. 19. ff. de R. I.* & *l. 2. §. 43. ff. de Orig. Jur.* ut adeo pœnam, quæ in reluctantem forte constituta est, æquo animo perferre necessum habeat.

§. XVI.

Idem dicendum arbitror, de joco, qui in consumtione gallinarum haud infrequenter adhiberi solet, ubi in distrahenda clavicula, *German.* des Ziehbeins, duo periclitantur, quis majorem partem claviculæ istius sit accepturus, in hunc finem, ut huic à succumbente proximis nundinis donum aliquod offeratur, daß er ihm eine Messe gebe; Neque enim hoc casu victus se ab hac promissione liberare poterit: dicendo: Es wäre nur Schertzweise oder zum Possen geschehen, cum certum sit, utrumque in casum succumbentiæ consensisse, ad certum aliquod donum exsolvendum; hinc fidem semel datam liberare conveniat *l. 1. ff. de Pact.* Etenim si donatio rei propriæ in alium sub conditione, sive illa ex fortuna, sive ex industria dependeat, collata, valet. Ddres *ad tit. ff. de Aleator.* cur non & idem de hac promissione dicendum?

§. XVII.

Quantum ad Conditiones impossibiles, illæ non tantum stipulationem vitiant, §. 10. *I. de Inutil. Stipul. l. 7. & l. 53. ff. de V. O.* sed & quemlibet alium contractum. *l. 1. §. 11. ff. de O. & A. l. 31. ff. eod.* Non quidem si negative fuerint adjectæ: hæ enim pro non adjectis habentur, cum certum sit fieri non posse, quod factum nolebat alter. D. Stryk. *in Annot. Inst. ad* §. 10. *de Inut. Stipul.* Verum si affirmative, utpote: *si cælum digito tetigeris*, *si Viadrum ebiberis*; Neque enim quicquam serii hoc casu à partibus actum videtur, quin potius jocari ac ludere voluisse præsumuntur, *L. An inutilis. 8. pr. ff. de Acceptil. l. Cum hæres. 4. §. 1. ff. de Stat. liber.* neque consensisse dici poterunt, quorum cogitatio hæc fuit, ut nihil agerent, nihilque præstarent; apposita tali conditione, quam sciunt esse impossibilem. *L. Non solum. 31. ff. de O. & A.*

XVIII.

Quod non solum de conditione natura impossibili verum est, verum etiam lege, utpote quæ contra bonos mores est. *L. Generaliter. 26. ff. de V. O.* Ad quam classem referendus casus ille non pueris tan-

tantum, sed & adultioribus frequentatus, ut pro exiguo lucello buccas inflent, aliisque os percutiendum præbeant, **Daß sie aufblasen.** Nam licet hæc obligatio, ideo, quod volenti non fiat injuria *l.* 1. §. 5 *ff. de Injur.* nec per ejusmodi alapam corpus frangatur vel destruatur, in tantum valeat, ut injuriarum actio cesset, de qua prolixior agendi locus erit, in *cap.* 5. *th.* 20. quatenus tamen turpitudinem quandam continet, & contra bonos mores est, haud dubie illicita est, *l.* 79. §. 1. *ff. de jur. dot.* Conf. D. Stryk. *in disp. de Alapa c.* 3. *n.* 7 *& seqq.* Quæ enim non nisi cum dedecore, cum dispendio famæ & existimationis nostræ possumus, turpia reputantur & impossibilia. *L. Filius.* 15. *ff. de Condit. Instit.* Gothofred. *ad d. l.* 15. Cui accedit, quod nemo membrorum suorum ita dominus sit, ut ea possit alteri commodare, ad usum inhonestum, *l. liber homo* 13. *pr. ff. ad L. Aquil.* Zasius *ad d. l* 26. *ff. de V. O.* nec cuiquam liceat in proprium corpus sævire. *l. fin.* §. 6. *de Bon. eor. qui ante sent.*

XIX.

Quod si itaque certum quid promissum alicui fuerit, ut inter ludicra & jocos alapis exciperetur, licet exceptus fuerit, non tamen necessario promissum ipsi exsolvendum, nec ideo quisquam à Judice ad promissa implenda cogi potest. Reprobatus enim est in jure nostro hujusmodi contractus, nec, uti dictum, corpora sive membra nostra ad laborem inhonestum locari possunt. Brunnemann. *in Append. ad c.* 4. *de Reg. Jur. in 6to. n.* 122. Et quamvis Covarruv. *ad d. c.* 4. *part.* 2. §. 2. *n.* 5. quoad moderatam mercedem, affirmativam hujus quæstionis defendat sententiam, nulla tamen ratio dari potest, cur à vulgatissima illa *l.* 26. *ff. de V. O.* sit recedendum, postquam certum talem actum absque læsione honestatis perfici non posse. Vid. Ddres. *in c.* 1 *de Vit. & honest. Cleric. in 6to.* turpiterque illum accipere promissum, qui alapas perpessus est. Zasius *ad l.* 26. *ff. de V. O.*

XX.

Referri huc possunt Sponsiones, quippe quæ etiam sunt mutuæ, de re, cujus dubius eventus, stipulationes conditionales. Struv.

 Juris-

Digitized by Google

Jurispr. Forens. l. 3. tit. 8. §. 3. Et hæc igitur, si nihil in se contineant turpitudinis, subsistunt, utut jocosæ fuerint & delectandi causa institutæ, sponsoresque valide ex iis obligantur. Cujus jucundum exemplum exstat apud Franc. Pfeil. *Consil. 34.* quod recenset Wehner. *Observ. pract. voce* der Letzte: A. B. C. D. alle *Discipuli Jurisprudentiæ* und junge *Practicanten*, sind mit einander in einer *Collation* gewesen, haben sich, nach gehaltenem Abendmahl, über dem Handwasser freundlich genöthiget, und einer vor dem andern nicht zugreiffen wollen. Indem hat A. als der Wirth, gesaget, wer der Letzte wäre, solte einen Becher Wein austrincken, darinn sie alle gewilliget, und ist darauf zugegriffen worden, allein C. hat gar nicht zugreiffen wollen, unter den andern aber ist D. der Letzte gewesen. Darauf gewettet und gefraget worden, welcher unter den beyden C. und D. die Straffe tragen solle? *Resp.* Nachdem C. neben D. und denen andern in das Recht, daß der Letzte einen Becher Wein trincken solle, gewilliget, ob er denn wohl gar nicht zum Wasser gegriffen, so hat er doch nichts destoweniger die Straffe verwircket, und ist also den Becher Wein auszutrincken schuldig. Und dieweil er fürsetzlich und aus List nicht hat zugreiffen wollen, so schencke man ihm billig völler denn einem andern ein. V. R. W. Minus enim tribuere videtur, etiam qui nihil tribuit, *l. 7. §. 2. ff. de Tributor. Act.* & minus facit, etiam, qui nihil facit. *l. 12. in fin. l. 32. l. 28. l. 117. ff. de V. S.* Simile exemplum vid. in Contin. Besold. *Thesaur. pract. lit. W. n. 45. voc.* Wetten.

XXI.

Cavendum tamen in his sponsionibus, etiam recreandi ergo initis, ne ab altera parte verba captentur, unusque aliter verba intelligat, quam ille cum quo sponsione contenditur. Hac enim ratione cum non posset dici, alterum consensisse, nulla ipsum tenet obligatio. Exemplum hujus refert Zahn. *de Mendac. lib. 2. cap. 85. n. 7.* ubi sponsor dixerat: Was soll es gelten, ich kenne einen Stadtschreiber, der weder schreiben noch lesen kan. Quæ verba, cum proprie intellexerat alter, alter vero subdole, non poterat inde sequi obligatio. Idem est, si quis spospondisset: daß er des andern Liebste wissen wolte, si scilicet alter eandem ipsi designasset. Cujus generis plura reticeo.

§. XXII.

XXII.

Confero me vero nunc ad Fidejussiones; Solent enim pro iis, qui promittunt, alii obligari, qui fidejussores appellantur. *pr. I. de Fidejuss. l. 1. §. 8. ff. de O. & A.* quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. *d. §. 1. I. de Fidejuss.* Quapropter etiam dicuntur sponsionum fideique vincula & firmamenta. *l. 9. §. 1. ff. de Suppell. legat.* Hæ fidejussiones ut subsistant, necessario requiritur voluntas fidejubentium, disertis verbis explicata. Wesenbec. *in Paratitl. ff. tit. de Fidejuss. num. 3.* Cum enim per stipulationem fidejussor constituatur: *l. 5. §. 2. ff. de V. O. l. 2. §. pen. ff de Administr. rer. ad civitat. pertin. L. Blanditus. 12. C. de Fidejuss.* Stipulatio autem, quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla fit, *l. 1. §. 1. ff. de Pact. l. 5. ff. de Transact.* consequens est, fidejussorem neminem constitui posse, qui in illud vinculum voluntariæ fidejussionis non consenserit. *L. si hæreditatem. 32. verb. præsens quis rogatus fidejubeat. ff. Mandat. l. 14. §. 6. verb. fidejussorem volentem dederit. ff. quod met. caus.* Pacian. *de Probat. l. 1. c. 19. n. 70.*

XXIII.

Quod si itaque quis fidejubere pro aliquo in centum rogatus, responderit: se non solum pro hac summa, sed etiam pro alia qualibet re fidejussionem pro eo suscepturum, ille non obligatur, quoniam promissio hæc jocose videtur facta. Unde deficiente consensu, nulla est. *l. 3. §. 2. ff. de O. & A.* Chassan. *Conf. 52. num. 5.* Rutger. Ruland. *de Commissar. Part. 1. lib. 5. cap. 20. n. 311.* Conf. supra *th. 7. h. c.* Ut enim optime Varro *libr. de Latin. Lingua* inquit: *Non spondet ille statim, qui dixit, spondeo, si jocandi causa dixerit, neque agi cum eo potest ex sponsu. Ita quisquis in tragœdia dixit: Meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Et quamvis alias, si fidejussor majorem summam, quam Principalis, promiserit, pro concurrente quantitate valeat obligatio, uti prolixe ex jure nostro probat Harprecht. *ad §. 5. I. de Fidejussor. num. 14. seqq.* hoc tamen tunc demum verum, si serio fidejussor majorem summam promiserit. Tum enim utique habuisse videtur animum

mum etiam ad minorem ſummam ſeſe obligandi, *l.* 83. §. 3. *ff. de V. O.* quod de eo, qui urbanitatis cauſa & jocoſe majorem quantitatem promiſit, dici non poteſt. Hering. *de Fidejuſſ. c.* 20. §. 33. *num.* 9.

§. XXIV.

Pertinet huc, ſi fidejuſſor, qui in præſentia aliorum, loco prorſus inopportuno, à creditore ſolutionis admonitus fuit, jocoſe ad conſervandum forſan honorem, & exiſtimationem ſuam, utque reppelleret oneroſum creditorem, fidem ſe ſuam interpoſuiſſe, fuerit inficiatus; Quamvis enim alias fidejuſſor, negans fidejuſſionem, ſi deinceps mendacii convincatur, privetur beneficiis, alias de jure fidejuſſori competentibus, *l. ſi dubitet.* 10. §. 1. *ff. de Fidejuſſ.* ibique Brunnemann. *num.* 2. Hering. *d. l. c.* 27. *part.* 1. *n.* 210. Add. Carpz. *p.* 2. *conſt.* 18. *def.* 6. cum nemo debeat fructum ex eo conſequi, quod niſus eſt impugnare, *c. Ex eo.* 38. *de R. I. in 6to.* & fruſtra legis auxilium imploret, qui in legem temere committit. *l. Papinianus.* 8. §. 14. *ff. de Inoffic. teſtam. l.* 5. §. *fin. ff. de his, quæ ut indign. l. Auxilium.* 37. *in fin. ff. Minor.* Hoc tamen de illo, qui jocoſe inficiatus eſt fidejuſſionem, verum eſſe nequit, cum hic extra dolum ſit. Conf. *cap.* 1. *th.* 29. Unde jocus ſuus aut lubricum linguæ ipſi nocere non debet. *l.* 7. §. 3. *ff. ad L. Jul. Majeſt.* Vincent. Caroc. *Dec.* 46. *num.* 10. *ſeqq.* Add. *l.* 48. *ff. Mandat.*

§. XXV.

Reſtat, ut circa Contractum Empti & Venditi quædam adhuc diſpiciamus; Et primo quidem: Num venditor, ſi percontanti emptori, de morbis equi aut alius animalis, ſubridendo multos enarraverit morbos, ac paſſim per jocum finxerit, teneatur, ſi inter illos ſimul recenſuerit vitium, quo revera laboravit equus? Licet vero alias venditor, ſi revelaverit vitium, & de eo admonuerit emptorem, non teneatur, *l.* 1. §. 1. *l.* 13. *pr. l.* 21. §. 1. *l.* 39. *ff. de Act. Empt. & tot. tit. ff. de Ædilit. Edict.* quin tamen hoc caſu, ubi non eo, quo par erat, modo revelavit, ſed potius id egit, ne tot vitia, etiam falſa, recenſendo cognoſceret emptor verum vitium, obligetur, nullus dubi-

dubito, *d.l.* 1. §. 1. *in fin. ff. de Act. Empt.* Neque enim dolus malus abesse poterit ab eo, qui fallendi causa obscure & insidiose loquitur, obscureque dissimulat, ut eleganter inquit Florentinus *in L. Ea, quæ commendandi.* 43. §. 2. *ff. de Contrah. Empt.* neque emptori culpa aliqua imputari aut scientia obtrudi. Quis enim aut omnes equorum morbos ad digitos numerare, vel cognoscere brevi momento & explorare valet, quos arte & iniquiori prudentia impostores celare callide norunt? aut quis tandem semper Oedipus nunquam Davus, vel usque eo circumspectus est, ut omnia ænigmata è vestigio solvere, technas evitare, atque multijugas sublestæ fidei hominum decipulas indemnis evadere possit? Vid. Rovenstrunck. *tr. de Ædil. Edict. lib.* 1. *c.* 3. *n.* 64.

§. XXVI.

Ulterius & hoc hic disquiritur: An venditor, si emptori ridiculum pretium offerenti, aut, ut sibi de re aliqua ad tempus fides habeatur, petenti, responderit: *Age, redi cras & fidem tibi habebo*, Morgen gibt man zu borgen, teneatur? Et non teneri eundem adveniente die crastino ad fidem habendam, existimo: Non solum, quia ironica ejusmodi locutio nullum infert consensum, sed idem hoc casu fit, ac si nunquam se fidem habiturum dixisset venditor; Oldendorp. *Class.* 4. *Act.* 1. *Pact.* 4. *num.* 7. Verum etiam, quia imputandum hic emptori, quod sine causa credulus fuerit, *L. Æquissimum.* 1. §. 2. *ff. de eo, per quem fact.* ob quod merito culpandus. *L. Nimia.* 11. *C. de O & A.* Unde dum veritatem rei ex nimia securitate, stoliditate & ignavia, non sagacius indagavit, ejus circumstantias non sufficienter excussit, sicque in judicio formando, & assensu nimis præceps fuit, merito illi occini potest vulgatum illud:

Qui leviter credit, deceptus sæpe recedit.

Conf. Brunnem. *ad d. l.* 11. *C. de O. & A.*

§. XXVII.

Ex quibus omnibus, cum prolixe satis appareat, ex joco, qua tali, quatenusque ipsam ingreditur promissionem, nullam nasci obligatio-

gationem; sedulo cavendum est illi, cui, vel jocosa videtur alterius promissio, vel nimium generalis aut obscura, ut exploret animum promittentis certum, ejusque mentem claram ac seriam penitius indaget, ne alioquin obtentu joci, inanis postea non solum reddatur actio, sed risui insuper exponatur. Non inutile igitur erit, curare, ut vel exceptioni simulationis, aut rei non sic, sed aliter gestæ renuncietur, vel etiam expresse instrumento inseratur: daß ihm solche Summa nicht aus Schertz, sondern in Ernst und guten Wolbedacht, wolwissentlich versprochen wäre. Confer. D. Stryk. in *Colleg. Cautel. Contract. Sect.* 1. c. 3. §. 8.

CAPUT IV.

De Joco circa Actus ultimæ voluntatis.

SUMMARIA.

1. *Transitus.*
2. *Jocus in ultimis voluntatibus non facile præsumitur.*
3. *Hinc manifesto probandus. Qui heredem aliquem facturum jactavit, non videtur eum instituisse.*
4. *Idem est, si quis per epistolam aliquem heredem vocasset.*
5. *Quod procedit etiam in militibus.*
6. *Declaratur hoc exemplo in militibus.*
7. *Verba dubia infirmant institutionem. Testamentum Nuncup. gesticulationibus jocosis expressum non valet.*
8. *An omnes in mundo homines possint heredes institui?*
9. *Quid si sanæ mentis homo ita instituisset?*
10. *Derisoria videtur ejusmodi voluntas.*
11. *Heredis institutioni adjici possunt conditiones.*
12. *Conditiones de facto impossibiles vitiant institutionem. Exempla.*
13. *Conditiones natura impossibiles pro non scriptis habentur.*
14. *Quod procedit in omni ultima voluntate.*
15. *Conditiones Lege impossibiles quoque pro non scriptis habentur.*

16, *Ita*

16. *Ita si mulier jusserit ut cum ornamentis sepeliatur.*
17. *Item si quis pecuniam sibi inferri mandet, vel si jubeat ut corpus suum in mare abjiciatur.*
18. *Resolvitur L. 55. ff de Condit. & Demonstr.*
19. *Quid si quis mandet ut tubis ad sepulturam ducatur & vestibus rubeis?*
20. *Alia exempla.*
21. *An quod de conditionibus impossibilibus dictum hodie adhuc obtineat?*
22. *Legatum generis quando derisorium?*
23. *Et annon hodie sit utile?*

§. I.

ABsolutis, praecedenti capite, modis, quibus interveniens Jocus vitiare solet actus inter vivos gestos vel non, promissorum memores, quam multifariam etiam in actibus ultimae voluntatis jocus occurrat hoc capite videbimus.

§. II.

Quemadmodum vero in reliquis actibus jocus, nisi manifestus fuerit, non praesumitur; Sic multo minus in ordinatione supremae voluntatis praesumitur Testatorem jocari vel ludere voluisse. Agitur enim hic de re maxime seria, ad quam non nisi cogitatione mortalitatis aliquis perducitur: Ecquis autem in articulo mortis constitutus immemor censetur divini timoris aut salutis aeternae? *L. ult. C. ad Leg. Jul. Repetund. c. Sancimus. 26. c. 2. quaest.* 1. Alciat. *L. 1. Praesumpt.* 39. utpote ubi judicio divino se proximum videt, & secundum Hieronymum, omnia, quidni etiam jocum, contemnit, dum se moriturum cogitat. Andr. Gail. *L. 2. obs. 43. n. 2.* Menoch. *L. 3. Praesumpt. 5. n. 2. & l. 4. praes. 39. n.* 1. Mascard. *de probat. Concl.* 1079. *n.* 1. Hyppol. de Marsil. *Pr. Crim. §. Diligenter. n.*110. August. Barbosa *Thesaur. Locuplet. l. 2. cap.* 51. *Axiom.* 12. Stryk. *Vol. 1. disp. 5. de Effatis Agonizant. cap. 1. n.* 10.

Digitized by Google

§. III.

Attamen cum haud raro contingat, ut contra hanc præsumtionem aperte satis ex ipso verborum contextu, aliisque circumstantiis Testatoris animus jocandi eluceat, probarique possit, prolixius excutiendum, quid hoc in casu statuendum. Et quoniam ad Testamenti subsistentiam, illorumque, quæ in illo scripta, validitatem ante omnia requiritur voluntas Testatoris, *l. 1. ff. de Testam.* certum est, non valere dispositionem, quæ non nisi joco à Testatore facta. Etenim si ipse, ut valeret, voluisset, magis serio rem egisset, nec dicis gratia, quidquam protulisset. Unde si quis aliquem heredem se facturum *jactaverit*, non eapropter statim eum instituisse intelligendus est. *l. fin. ff. Qui testam. fac. poss.* Heredis enim institutio, quæ caput est & fundamentum totius testamenti, §. 34. *I. de legat. l. 1. §. fin. ff. de Vulgari & pupill. Substit.* animo imprimis deliberato fieri debet. Et licet alias Princeps Legibus solutus dicatur, *l. 31. ff. de LL.* in hujus tamen persona idem quoque receptum. *d. l. fin. ff. Qui test. fac. poss.* add. *l. 6. c. eod.* ut proinde nec fisco competat jus hereditatem tali casu occupandi mortuo Testatore. *l. 22. §. 2. ff. de Jur. Fisc.*

§. IV.

Eadem ratio est, si quis per Epistolam quendam heredem suum vocasset; Nam nec huic exinde Jus quoddam ad hereditatem quæsitum, *l. Epistola. 25. pr. ff. de Pact.* Zasius *ad d. l. 52. n. 2. & 3.* cum epistola non sit modus efficiendi aliquem heredem, sed legitima ad hoc requiratur defuncti voluntas. *l. 1. ff. de Hered. Petit. l. 2. pr. ff. Famil. Ercisc. l. 3. §. 2. ff. pro Socio. l. 130. ff. de V. S.* Neque plus præstare debeant literæ, quam sermo vel vox ore prolata, *arg. l. Non epistolis. 13. C. de Probat.* Conf. *cap. 2. thes. 4.* Multo minus actus operari ultra intentionem agentium, *arg. l. 19. pr. ff. de Reb. Cred.* Card. Tusch. *Pract. conclus. 125. lit. A.* Carpz. *p. 1. Dec. 42. n. 15.* Barbos. *Thesaur. Locuplet. l. 1. cap. 25. Ax. 37.* quam hoc in casu non seriam fuisse, vel inde colligitur, quod juxta *LL.* requisita non fuerit facta.

§. V.

§. V.

Quod procedit non solum in Paganis, verum quoque in Militibus. Quamvis enim his in Testamentis condendis plurima fere de rigore, quem alioquin *LL.* requirunt, sint remissa. *tot. tit ff. & C. de Testam. Milit.* multaque subinde privilegia concessa; attamen ea, quæ de Jure Gentium ad Testamentorum subsistentiam requiruntur, omnino à Militibus quoque observanda. D. Stryk. *Annot. ad Instit. d. tit. ad pr.* Atque ita, utut ipsorum dispositio, qualiscunque etiam fuerit, pro testamento observetur; *pr. l. & l. 1. pr. ff. de Milit. Testam. l. Milites. 15. & l. 1. C. eod.* prius tamen est, ut de voluntate condendi testamentum seria constet. *l. 24. l. 25. in fin. ff. Eod. §. 1. I. Eod.* cum non quid dictum scriptumve, sed qua mente aliquid dictum scriptumve sit, perpendi debeat. *l. Ad exhibendum 19. ff. Ad exhibend.* Harprecht. *ad §. 1. I. de Testament. Milit. n. 1.*

§. VI.

Quod si itaque miles, ut plerumque sermonibus fieri solet, alicui dixerit: *Ego te heredem facio*, aut *bona mea tibi relinquo*, non oportet hoc testamento observari. §. 1. *I. de Testam. Milit. l. 24. ff. Eod.* Etenim nihil fere frequentius hominibus esse solet, quam merito alicujus provocati, jactabundo animo hoc vel illud proferre, & civiliter magis, quam ex animo loqui. Quapropter, ut verba Imperatoris ex *d. §. 1. I. de militar. Testam.* addam, nullorum magis interest, quam ipsorum militum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti; Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis Testes existerent, qui affirmarent, se audivisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit, & per hoc vera judicia subverterentur. Facit huc *L. Quod Favore. 6. C. de LL. l. 25. C. Eod. l. 3. §. 5. in fin ff. de Carbon. Edict. c. Quod ob gratiam. 61. de R. I. in 6to.* Hinc recte concludit Joach. Burgers *in Observ. Milit. Cent. 1. obs. 45.* non valere si milites in quotidiano colloquio vel inter pocula promiserint, in casum mortis res depositas fore Titii; promissio enim illa magis ex ostentatione, quam seria quadam voluntate videtur profecta.

§. VII.

Fiunt Testamenta *vel* scripto, *vel* sine scripto, nuncupata scilicet voce. Utrobique cavendum, ne verba injiciantur dubia vel ambigua; alioquin cum non constet de mente Testantis, lusisse potius quam disposuisse perinde videtur Testator, pariterque est, ac si mihil penitus scripsisse: *l. 73. §. 3. ff. de R. I.* Manz. *de Testam. Valid. & invalid. Tit. 3. quæst. 6. n. 2. & 3.* Mantic. *de Conject. Ultim. Volunt. l. 2. tit. 15. n. 12.* Præprimis vero in testamento nuncupativo necessum, ut Testator verbis lingua figuratis utatur, daß die so Testament machen, mit verständlichen Worten reden. *Rec. Imper. de Anno* 1512. *Rubric.* von Testamenten §. *Item* es gehöret. Unde non valet si quis gesticulationibus tantum & signis, quibus pueri jocando suam aliquando voluntatem exprimunt; tangendo jam frontem, jam oculos, jam labia, jam digitos, jam aliud aliquod corporis sui membrum, indigitet, quem sibi cupiat heredem, cuive quid legatum velit: Sicut enim notæ in scriptura sunt fallaces; sic quoque hujusmodi gesticulationes. Manz. *d. l. tit. 4. qu. 2. n. 51.*

§. VIII.

Quot aliquis in Testamento heredes scribat, nihil refert, siquidem libertati styli in ultima voluntate relictum pro lubitu in infinitum heredes facere. §. 4. *I. de Hered. Instit.* Ex quo quærunt Dd. Liceatne valide omnes, quotquot in mundo sunt, homines, heredes instituere? Dicendum hoc foret juxta *d.* §. 4. nisi ibidem vox *Infinitum*, non pro multitudine incerta & quæ extremis caret, acciperetur, sed pro numero indefinito, i. e. Legibus non determinato, quemadmodum accipitur *in l. 68. pr. ff. de R. V. l. 9. ff. de Solut. l. 4. §. 2. ff. de in Lit. jurando.* Quamobrem ludicra potius & derisoria dicenda ejusmodi institutio, quam valida & parum sani hominis, quod nemo sanæ mentis ad hunc modum facturus esset testamentum. Harprecht. *ad d. §. 4. n. 2.* Unde sicut is, qui compos mentis non est, Testamentum condere nequit, & heredibus ab intestato hereditatem auferre, §. 1. *I quib. non est permiss. testam. fac.* Sic quoque idem de tali homine dicendum.

§. IX.

Digitized by

§. IX.

Quæritur autem, si homo sanæ mentis vel ex joco, vel præmeditato consilio, v. g. aliquis Doctor Juris, qui libenter hanc quæstionem decisam videret, in suo Testamento omnes homines in mundo heredes instituerer, ea sola de causa, ut post obitum suum hæc quæstio disputaretur & decideretur? Posset hoc casu locus videri Fisco vel Ecclesiæ, aut alii piæ causæ: Verum dubium sic remanet, cui Fisco hereditas sit relinquenda: Neque enim apparet ratio, cur uni magis quam alteri sit favendum, cum tamen omnes sint instituti: nisi dicere velis, exclusis peregrinis, quod est contra *Auth. Omnes Peregrini. C. Commun. de Success.* Imperatorem tanquam Mundi Dominum. *l. ἀξίωσις. 9. ff. ad L. Rhod. de Jact.* solum esse admittendum: quod, si Testator subditus fuisset Imperii, eo facilius procederet, *arg. Nov.* 131. *cap.* 9. *in fin.* Ast, quid si Testator expresse quoque Fiscum vel Imperatorem exclusisset, & ita in Testamento scripsisset: *Heredes instituo omnes homines in toto mundo, & nolo ut hereditatem meam vel Ecclesia vel Fiscus aut Imperator ad se trahat?*

§. X.

Salvo judicio rectius sentientium indistincte existimo, invalidam esse nulliusque momenti ita factam institutionem. Præterquam enim, quod derisoria videatur ejusmodi dispositio, exitum quoque habere non potest. Nam impossibile penitus est, omnes ita institutos ad publicationem Testamenti convocare, & si tantum ii, qui in una aliqua provincia degunt, convocarentur, quanta, quæso, incommoditate, & majori fortassis sumtu, quam esset hereditas, hoc fieri deberet? Insuper si ad judicium sortis confugere vellemus, qua ratione appareret, quot ex tanto numero, & cur unus potius, quam duo, duo quam plures aliquid reportare deberent. Ut adeo ad hæc incommoda evitanda, melior videatur sententia, quæ Testamentum hoc casu nullum pronunciat, heredibusque ab intestato locum relinquit. Vid. Manz. *de Testam. Valid. & Invalid. tit.* 6. *qu.* 11. *n.* 19. *seqq.*

§. XI.

Adjiciuntur heredis institutioni sæpissime conditiones, §. 9. *I. de*

 Hered.

Hered. instit. & tot. tit. de Condit. Instit. quæ cum ridiculæ nonnunquam sint, quid operentur, videndum. Referimus autem huc potissimum conditiones impossibiles, quas majoris distinctionis ergo, triplices hac vice constituimus: Sunt enim *aliæ* natura impossibiles, *aliæ* de facto impossibiles, & *aliæ* de Jure impossibiles. Vid. Manz. *d. l. tit. 7. qu. 2. n. 4. seqq.*

§. XII.

De facto impossibiles dicimus, quæ in genere quidem sunt possibiles; unde alias quoque ad possibiles referri solent, de facto tamen respectu ejus, cui injunguntur, plane vel plene sunt impossibiles. Hæ si adjectæ fuerint institutioni, tanquam non completæ, corrumpunt institutionem; Videtur enim Testator ad illas animum suum adstrinxisse, *l. cum heres. 4 §. 1. ff. de Stat. liber.* præprimis cum non tam impossibiles, quam difficiles censeantur hujusmodi conditiones. *l. 55. ff. Famil. Ercisc.* Inde si homo octuagenarius heres instituatur, *si post 50. annos monumentum fecerit Testatori*, ille heres non erit: Uti nec servus libertatem consequitur, qui sub illa conditione manumissus, *si heredi millies dederit*, *d. l. 4.* de cujus conditionis quantitate lege Gothofred. *ad d. l. lit. L.* Idem est, si homo podagricus, cujus nec pes, nec manus officium suum faciunt, heres scriptus, *si quotidie per horæ spatium saltando se exercuerit:* Hujusmodi enim casibus difficultas rei præstandæ non impedit ipsam obligationem. *l. Continuus, 137. §. illud. 4. ff. de V. O.*

§. XIII.

Quantum ad conditiones *natura impossibiles*, v. g. si quis cœlum digito tetigerit, §. 11. *Inst. de Inutil. Stipul.* si quem non moriturum præstiterit, *l. 8. C. de Contrah. Emt.* illæ non vitiant perinde institutionem, quemadmodum contractus vitiabant, *l. Non solum. 31. ff. de O. & A.* Vid. *supra cap. 3. thes.* 17. sed pro non scriptis habentur. *§. 10. I. de Hered. Instit. l. 1. l. 6. l. 20. ff. de Cond. Instit. l. 3 ff. de Condict. & Demonstr.* Idque non odio Testatoris, utpote, cujus omnium maxime interest, ut habeat successorem, *l. 6. pr. ff. de Interrog. in Jur. fac. §. 2. I. de Bonor. Possess.* cum dedecus sit sine herede decedere, *§. 2. I. Quib. ex caus. manumitt. non lic.* sed favore ultimarum voluntatum, *l. 12. ff de*

de R. J. Gomez. *Tom. 1. Variar. Resol. cap. 12. n. 67.* quæ ut exitum habeant, publice præsertim interest. *l. 5. ff. Testam. quemadm. aper. l. 1. pr. ff. si quis omiss. caus. testat. Nov. 22. c. 2. pr.* Quid quod heredi, cui talis conditio adscripta est, nihil possit imputari, ut adeo nec pœnam sustinere debeat, Bachov. *ad Treutl. Vol. 2. Disp. 13. th. 6. lit. F.*

§. XIV.

Quod non solum in heredis institutione obtinet, sed etiam in qualibet alia ultima voluntate, *l. 45. ff. de Hered. instit.* uti legato, *l. 12. §. 1. l. 104. §. 1. ff. de Legat. 1. l. 5. §. 4. ff. Quando dies legat.* Fideicommissis & libertatibus. §. 10. *I. de Hered. Instit.* In genere enim, quoties impossibilia in testamentis scripta, toties explicantur in favorem illorum, quibus adscripta sunt. *l. Obtinuit. 3. ff. de Condit. & Demonstr.* Idque sive heredi sive Legatario fuerint adscripta. §. *ult. I. de Legat.* Nam non præsumitur Testator, dum in tali actu occupatus est, ubi donat & liberalitatem exercet, frustra aut non serio quid egisse. Donell. *l. 6. Comment. Jur. Civil. c. 18.* Unde ineptitudo adjectionis τῦ ἀδυνάτυ per incogitantiam, aut ob quidvis potius, quam ut irritum sit, quod dispositum, est excusanda. *l. 1. ff. de Constit. Instit.* Add. *L. Hac Consultissima. 8. C. qui testam. fac. pos.* Quorsum spectant elegantia verba Bonacinæ *D. 3. quæst. 1. p. 4. n. 10. de Rest. & Contr.* *In ultimis voluntatibus jus voluit conditionem impossibilem haberi pro non adjecta, quia cum mortuo Testatore colligi non possit, an joco an serio illam apposuerit, pro non adjecta haberi voluit; ut lites, quæ inde potuissent suboriri, tollerentur, & ut judicaretur, in favorem actus, quem constat factum fuisse, sed nescitur, qua intentione; In aliis vero contractibus non habetur pro non adjecta, quia denuo possunt celebrari voluntate contrahentium.* Quæ verba refero ex Disp. sub Præsid. Ern. Frid. Schroter. habita *de Impossibili in Contractibus, th. 42. in fin.*

§. XV.

Idem juris est in conditionibus *Legesen jure impossibilibus*, de quibus in genere inquit Marcianus JCtus in *l. 14. ff. de Condit. Instit.* quod conditiones contra Edicta Imperatorum, aut contra Leges, aut quæ Legis vim obtinent, vel quæ contra bonos mores sunt, vel *derisoriæ,*

aut

aut hujusmodi, quæ Prætores improbaverunt, pro non scriptis habeantur, ac proinde hereditas vel legatum capiatur, ac si conditio adjecta non fuisset. Add. *L. Filius* 15. *& l.* 9. *ff. Eod. l.* 16. *in fin. ff. de Injust. rupt. & irrit. l.* 20. *ff. de Condit. & Demonstr. l.* 29. §. 2. *ff. de Testam. milit. l.* 2. §. 44. *ff. ad SCt. Trebell.* Absurdum enim videtur in actu testandi, quem maxime serium gravemque esse conveniebat, ita petulanter per inanes clausulas hominibus illudi: Unde *ineptas ejusmodi hominum voluntates* non tenere heredem implere, prudenter suo tempore scripsit Papinianus. *l. Servo alieno.* 113. §. 5. *ff. de Legat.* 1.

§. XVI.

Exstant harum conditionum varia in Jure nostro Exempla. Ita *in L. Medico.* 40. §. 2. *ff. de Aur. & arg. leg.* mulier decedens ita Testamento suo caverat: *Funerari me arbitrio Viri mei volo, & inferri mihi, quæcunque sepulturæ meæ causa feram ex ornamentis, linteas duas ex margaritis, & viriolas ex smaragdis.* Quæritur utrum hæc voluntas post mortem servanda? Et certe negatur, cum non oporteat ornamenta cum corporibus condi, nec quid aliud hujusmodi, quod homines simpliciores facere solent. *l.* 14. §. 5. *ff. de Relig. & sumpt. fun.* qui ad id singulari superstitione ducuntur, quæ tamen imprimis vitandi. *arg. l.* 30. *ff. de Pœn.* Conf. Brunnemann. *ad d. l.* 14. *ff. de Relig. & sumpt. fun. n.* 11. Etenim sumtuositas nimia vivis nocet, mortuis haud prodest, quippe, qui nulla re amplius indigent, & vel amiculo ferali, vel fasciis linteis sunt contenti. *Eccles.* 5. *vers.* 14. *Job.* 1. *vers.* 12. Carpz. *Jurispr. Eccl. l.* 2. *def.* 392. *n.* 15. Ubi tamen *in fine* monet, hac in re personis illustribus, & honoratioribus ex more recepto aliquid quandoque indulgendum.

§. XVII.

Par ratio est, si quis pecuniam sibi inferri præceperit, nam prohibitum hoc est principalibus Constitutionibus, *l.* 4. §. 6. *ff. ad L. Jul. Peculat.* forsan, quia in funeribus exornandis faciliores quandoque deprehenduntur homines. Idem est, si quis in suo Testamento sub hac conditione scripsisset heredem, *si reliquias sui corporis in mare abjecerit*: Utut enim non paruerit huic conditioni heres, nihilo tamen mi-

minus ab hereditate repellendus, quin laudandus potius, quam excusandus, quod conditioni adscriptæ non satisfecerit, juxta *l. 27. pr. ff. de Condit. Instit.* Sunt enim casus, ubi spernere licet voluntatem defuncti, eamque pie non servare, uti videre est ex *l. 3. §. 4. ff. de Administr. Tutor. l. 5. §. 9. ff. Eod. Nov. 22. cap. 43. in fin.* Vid. *Gloss. ad d. l. 27. ff. de Condit. Instit.*

§. XVIII.

Neque his obstat, quod *in L. Mævius. 55. ff. de Condit. & Demonstr.* conditio in mare projiciendi nummos apposita, videatur implenda: Multum enim interest inter pecuniam, & inter reliquias hominis. Pecunia siquidem, ubi recondatur, parum refert; Licet etiam hujus in mare abjectionem à Magistratu prohibendam non absurde putaverim, *arg. §. fin. I. de his, qui sui vel alien. juris.* Add. D. Stryk. *Disp. de Abus. Jur. Quæst. cap. 1. n. 69. seq.* Homines vero testandæ immortalitatis causa, cujus nota est sepultura, Cicero *L. 1. Tuscul.* sepeliri solent. Inde ipsa sepulchrorum monumenta atque elogia, qui aliud significant, quam nos etiam futura cogitare? Cicero *L. 3. de Finibus.* Ex hac enim morum affectione, memoriaque humanæ conditionis, testamenta, commendationesque morientium natæ sunt. Gothofred. *ad l. 27. pr. ff. de Constit. Instit. lit. A.* ubi notat verbum *commendandi*, quod haberet *in l. 14. §. 4. ff. de Relig. & sumpt. fun.* ad sepulturam referendum esse.

§. XIX.

Pertinet huc ridiculus ille casus, quem refert Paul. de Castro, *in d. l. 27. de Condit. Instit.* de Doctore quodam Paduano, qui in suo testamento mandaverat, *ut corpus suum ad sepulturam duceretur cum tubis, & ut celebrarentur nuptiæ, utque uxor indueretur pannis rubeis*, alioquin eam privatam vellet hereditate. Qui casus, quæque dispositio, cum oppido inepta esse intelligatur, non aliam merebitur decisionem, quam ex *d. l. Servo alieno. 113. §. fin. ff. de Legat. 1.* ineptas defunctorum voluntates circa sepulturam non valere. Quamvis enim Paul. Duran. *tr. de Condit. & mod. impossib. part. 3. cap. 1. n. 6.* non ex eo fatuam judicandam esse hanc dispositionem censeat, quod cum tubis funus fieri Testator jussisset, cum consentiente jure cadavera defun-

ctorum ad ſepulturam deferri debeant, cum ſonis atque cantibus pſallentium, *c. Qui divina, & c. Ubicunque. c.* 17. *qu.* 2. Alexander *in l.* 22. §. 7. *ff. ſolut. matrim.* ſufficit tamen, quod ex moribus regionis hoc ſit deriſorium, contra quos & receptam conſuetudinem laborare ac anniti velle, contra ſtimulum eſſet calcitrare.

§. XX.

Plura hujus generis exempla in medium adducere poſſem, ſi illa cumulare hic placeret. Sic quoque illa Eumolpi apud *Petron.* inſtitutio huc poſſet referri: Omnes qui ex teſtamento meo legata habent, præter liberos meos, hac conditione percipient, quæ dedi, *ſi corpus meum in partes conciderint, & adſtante Populo comederint:* Uti non minus illa Tireſiæ apud Horat. *l.* 2. *Satyr.* 5. *verſ.* 84. narratio:

Me Sene, quod dicam, factum eſt, Anus improba Thebis
Et teſtamento ſic eſt elata: Cadaver
Unctum oleo largo nudis humeris tulit heres,
Scilicet elabi ſi poſſet mortua &c.

Verum cum eadem his caſibus obtineat deciſio, ſponte horum narratione ſuperſedeo.

§. XXI.

Illud adhuc hoc loco monendum duxi, quod, cum doctrina Juris Romani, conditionem ſcilicet turpem & impoſſibilem non vitiare Teſtamentum, ratione ſit ſubnixa, non indulgendum ſit authoritati illorum, qui moribus hodiernis eam ſublatam dicunt, ac inſtitutionem aut legatum per ejuſmodi conditiones vitiari contendunt, inter quos ſunt Hug. Grot. *L.* 2. *Jur. Holland. cap.* 18. *n.* 33. Grœnweg. *de LL. Abrog. ad* §. 10. *I. de hered. Inſtit.* aliique. Neque enim ratio, quam ad hoc evincendum adducunt, ſatis prægnans eſt & concludit: Concedamus namque, quod hodie ultimas voluntates interpretemur ex maxime probabili mente Teſtatoris; Teſtator autem illudere potius heredi videatur, quam inſtituere eum velle, adjiciens id, quod nullo modo fieri poteſt, nonne & hoc perinde Veteres conſiderarunt, nonne illis eadem ratio conſtitit? Demus, ingenii Teſtatorem ſolutioris

tioris & ridili fuisse, ut in extremis jocari voluerit, quod opus est inde magis hodie, quam olim colligi, quod actum testandi totum destruere voluerit? Neutiquam igitur fides adhibenda hujusmodi Legislatoriæ autoritati, quam sibi arrogant, qui Jus Romanum Praxi mutatum, sæpe non ex Populorum statutis, aut constantibus Curiarum præjudiciis, qualia tamen hac in re nulla proferuntur, verum ex suo arbitrio & analogia simplicitatis forensis, quam sibi perspectam credunt, inculcant: Standum potius Jure Romano, quatenus non probatur sublatum. *l. 27. C. de Testam.*

§. XXII.

Et sic ultimo de Legato generis paucis quoque dicendum; Etenim & hoc interdum *derisorium magis est, quam utile*, quæ verba sunt Ulpiani in *L. Si domus. 71. pr. ff. de Legat.* 1. Non explico vero hic, quo sensu JCtis nostris veniat Genus: Dupondiis enim idipsum non incognitum, aliasque tradi solet à Dd. *ad* §. 22. *I. de Legat.* Hoc duntaxat hic volo, quod si legatum generis Juridici ex natura sua non habeat certam determinationem, sed tantum ex voluntate aut facto hominis dependeat, illud ridiculum potius sit, quam utile: Poterit enim ad quamvis rem vilissimam redigi. Inde non solum *animalis* legatum otiosum est, verum etiam *fundi*. Nam singula prata, singulæ vineæ, singuli horti, singula oliveta, pomaria, saliceta, arbusta, pascua, nemora, aucupatoria, venatoria, piscatoria loca, fundi omnes appellari possunt, ut docet Valla *l. 6. Eleg.* 41. Quin etiam *domus* legatum hunc spectat *l. 24. §. pen. ff. de legat.* 1. & doni nundinalis, die Messe, de quo vid. supra *cap. 3. th. 11. & 12.* Quanquam si Testator plures merces, domos aut fundos habens, simpliciter legaverit fundum, domum, aut donum nundinale, utique ex iis unum deberi legatario, admodum civile dictu sit, de quo vid *d. l. 71. pr. ff. de legat.* 1. Vinn. *ad Instit.* §. 22. *I. de Legat. n.* 3. Add. D. Stryk. *Annot. ad d.* §. 22. *I. de legat.*

§. XXIII.

Quamvis autem priori quoque casu, si nullum fundum, nullasve ædesve habuerit Testator, ex æquitate Juris Canonici, atque

verisimili mente defuncti, simplex harum rerum legatum sustinendum, & pro modo facultatum ejus dignitate ac charitate vel necessitudine legatarii statuendum, quales præstari debeant, contendat Ant. Gomez. *Tom. 2. Variar. Resol. cap. 11. n. 11.* eamque sententiam moribus receptam ex Grot. *d. l. 2. cap. 22.* referat Vinn. *d. n. 3, in fin.* Qua ratione idem quoque de promissione fundi dicendum foret, de qua supra egimus *cap. 3. th. 11.* Dubito tamen iterum an Praxis hæc ubique satis probata, & annon potius Juri Civili inhærendum. Unde non aliter admitto hanc opinionem, quam si ex legato vel promissione constet, arbitrium boni Viri respexisse Testatorem vel promittentem, v. g. Wenn einem eine *Discretion* vermachet oder versprochen: Hoc enim casu competentibus actionibus ad repromissi emolumentum jure judiciorum pervenire liceret. *l. 3. C. de Dot. promiss. l. 43. ff. de legat. 3.* Add. Brunnemann. *ad d. l. 3.*

CAPUT V.

De Joco circa Delicta.

SUMMARIA.

1. *Transitus.*
2. *An qui joco rem abstulit furtum committat?*
3. *Declaratur exemplo. An genus illud contrectandi,* das *Promoviren,* *sit furtum?*
4. *Proponuntur alia exempla.*
5. *Qui joco quid dixit vel fecit, non tenetur injuriarum. Cui hoc casu probatio injungenda?*
6. *Quotuplex injuria. An injuriarum agere possit qui cultro venatorio percussus?*
7. *An qui in exercitiis tormentorum à scopo aberravit, si quoque ideo percussus?*
8. *An Studiosi ob exagitationes in depositione? Depositionis Academiæ origo.*
9. *An Tyrones in absolutione exagitati, injuriarum agere possint?*

10. Re-

10. *Referuntur alii modi exagitandi Tyrones, in quibus idem juris.*
11. *An qui Calendis Aprilis ad certum locum missus, habet injuriarum actionem? Origo hujus rei.*
12. *Deciditur quæstio distinctione.*
13. *Referuntur alii mores, in quibus idem juris.*
14. *Si modus in jocando excedatur, injur. Act. competit. Exempla.*
15. *Quid juris:* Wenn man einer Braut des Nachts Heckerling streuet? *Alia exempla.*
16. *Exemplum de sartore, in cujus signo capri erant picti?*
17. *Jocum liberiorem excusat familiaritas.*
18. *Si jocus causam dederit osculo, cessat actio injuriarum.*
19. *Quid juris: Si quis fœminæ labrum inferius percusserit?*
20. *Si al pa joco illata, cessat actio injuriarum.*
21. *Ab injuriis verbalibus excusat jocus.*
22. *Si verba jocosa per se injuriosa sint, injuriarum agi potest.*
23. *Alia hujus rei exempla.*
24. *Si verba jocosa indifferentia, consultius agit, qui injur. act. declinat.*
25. *An ob dicteria jocosa in civitatis alicujus vel regionis irrisionem, excogitata, injuriarum agi possit?*
26. *Affirm. Si in specie in alicujus contumeliam prolata.*
27. *Num licet ex virgine quærere an sit virgo?*
28. *An si coram virginibus turpibus verbis aliquis usus injuriarum conveniri possit?*
29. *Qui joco aliquid servo persuasit, non tenetur de servo corrupto.*
30. *Crimen læsæ Majestatis divinæ committunt, qui joco profanant sacramenta.*
31. *Quæ horum sit pœna?*
32. *An blasphemus sit, qui amasiam suam vocavit Deam?*
33. *Qui impedimentum cohabitandi creant conjugibus pariter puniendi.*
34. *Nisi joco ad primam saltem noctem usque hoc factum.*
35. *Homicidium jocando commissum extraordinarie puniendum.*
36. *Sic quoque qui terrendo aliquem joco bombarda interfecit.*
37. *Aliud exemplum de minis jocosis.*
38. *Casus de ancilla quæ joco alteri ancillæ helleborum dare voluit.*
39. *Huic territio verbalis primum dictata; postea pœna carceris.*

40. *Si quis joco se delictum perpetrasse dixerit, an faciat indicium ad torturam?*

41. *Offensio jocosa an liberet occisorem à pœna homicidii ordinaria?*

§. I.

Restat, ut nunc ultimo de dictis quoque pauca in medium proferamus, ibique effectum jocorum consideremus. Notandum vero in horum frontispicio, Delictum non accipi hoc loco in significatu strictiori, prout nimirum contradistinguitur Crimini, ut *in L.2.§.8. C. de* J. *V. E. l. 17. §. 18. ff. de ædil. edict. & l. 131. ff. de V. S.* sed in latiori, quatenus scilicet tam crimen publicum, quam delictum privatum sub se comprehendit *l. 1. l. 5. §. fin. ff. de Pœn. l. 3. ff. ad SCt. Turpillian.* Quo sensu nobis est omne turpe factum contra LL. Reip. distinguitur in Jure nostro in *publicum* & *privatum*, de quo plena manu agunt Dd. *ad pr. I. de oblig. quæ ex delict.*

§. II.

Quod itaque primum attinet delicta privata, recensentur illa ab Imperatore *pr. I. de Oblig. quæ delict.* Inter quæ eum primum locum habeat *Furtum*, nos quoque illud primum considerabimus: Quamvis autem hoc gravissimam constitutam habeat pœnam, tam Jure Civili, *§. 5. I. d. t. l. 1. §. 3. ff. de Public. & Vectigal.* quam Jure Carolino, *Constit. Crim. art. 157. seqq.* ab illa tamen immunis est, qui jocose furtum commisit. Farinac. *Prax. Crim. part. 7. de Furt. qu. 174. n. 16.* Quoniam ubi non est animus furandi aut lucrum percipiendi, ibi furtum non committitur, *arg. §. 1. Inst. de Oblig. quæ ex delict.* nam maleficia propositum & voluntas delinquendi distinguit. *l. Qui injuriæ. 53. pr. ff. de Furt.* Menoch. *Cons.* 1197. *num.* 11. Carpzov. *Prax. Crim. qu. 80. num. 7.* Modo tamen hoc casu probaverit ille, qui aliquid abstulit, se joco rem contrectasse: In dubio enim ex re ablata animus lucrifaciendi colligitur, Farin. *d. l.* etiamsi in domo amici res fuerit ablata. *C. 1. X. de Præsumpt.* Bonifac. *de Furtis. §. Animo lucrifaciendi. n. 13.*

Digitized

§. III.

Ex quo patet, Studiosum, si amico aut commilitoni suo, ut interdum fieri solet, librum, gladium, pileum aut quamcunque aliam rem vexationis aut lasciviæ causæ abstulerit, furtum non committere, quia hic non factum, sed causa faciendi inspicienda. *l. Verum est. 39. ff. de Furt.* ibique Gothofr. *lit. D.* Causa autem faciendi, vexatio fuit, aut jocus, non animus lucrifaciendi. Schneidewin. *ad* §. 11. *I. de Oblig. ex delict.* Harprecht. *ad* §. 1. *l. d. t. num.* 24. Conf. D. Muller. *Disp. de Calor. Juvenil. Sect.* 5. *th.* 10. Quod tamen de vulgari illo in Academiis usitato contrectandi genere, quod vulgo *promiviren* dicunt, indistincte asserere nolo: Hoc enim procul dubio furtum est, præprimis si talis res sit promota, qualem haud facile dominus amitteret, aut subtrahi concederet, nec causa aliqua probabilis consentiendi allegari posset, v. g. Wann einer einem ein *Collegium promoviret*, quod tamen summa ope conscripserat alter. Vid. Harprecht. *ad d.* §. 11. *I. de Oblig. quæ ex delict. num.* 14. *in fin.*

§. IV.

Par ratio est in eo, qui panno rubro delectandi ergo fugavit pecus, *l.* 50. §. *fin. ff. de Furt.* aut nummos alteri excussit. Etenim si per lasciviam & jocum hoc fecerit, non data opera, ut furtum committeretur, furti actione non tenetur. §. 11. *I. de Oblig. qua ex delict.* Quamvis ne impunita maneat hæc delectatio, & lusus adeo pernitiosus, qui non meretur lusus dici, *l.* 10. *ff. ad L. Aquil.* actio in factum locum habeat, ad res amissas iterum restituendas, *d.* §. 11. *& l.* 50. §. *fin. ff. de Furt.* Imo si pecora præcipitata fuerint, vel ita res perierit, ut ad aliquem pervenire non possit, utilis actio damni injuriæ, quasi ex Lege Aquilia dabitur, ut inquit Cajus *in L. Nam et.* 51. *ff. de Furt.* Add. §. 16. *I. ad L. Aquil. l.* 27. §. 21. *ff. eod. l.* 14. §. 2. *ff. de Præscript. Verbis. l.* 55. *in fin. ff. de A. R. D.*

§. V.

Furtum excipit *Injuria.* Neque enim in reliquis delictis quicquam monitu dignum invenio. Ab hac immunis est, qui non ex proæ-

proæresi, & affectu injuriandi, sed potius animo jocandi, quid dixit aut fecit. *l. Illud relatum.* 3. §. *ff. de Injur. l. Si non convitii.* 5. *C. eod.* Consistit enim injuria in affectu facientis, *d. l.* 3. §. 1. *l.* 34. *pr. ff. de O. & A.* neque sine consilio & mente conflari potest. *l.* 5. §. 1. *ff. de L. Aquil.* Petr. Gregor. Tholos. *Syntagm. Jur. Univers. l.* 38. *cap.* 2. *n.* 2. Ita tamen, ut si dicta vel facta per se sint contumeliosa, & injuriam inferant, non liberetur aliquis dicendo: *se hoc joco fecisse vel dixisse, arg. c.* 1. *X. de Præsumpt.* verum probare debeat, animum injuriandi abfuisse. Farinac. *Prax. Crim. P.* 3. *qu.* 105. *n.* 127. Præsumitur enim dolus & animus delinquendi in illo, qui in re illicita versatur. *L. Si non convitii.* 5. *C. de Injur.* Berlich. *P.* 5. *Conclus. Pract.* 60. *n.* 1. *seqq.* Gail. *l.* 2. *observ.* 106. *num.* 1. Ut adeo, si ex circumstantiis animus injuriandi sit dubius, purgatorio juramento locus sit. Carpzov. *P.* 4. *C.* 42. *def.* 9. Harpr. *ad pr. I. de Injur. n.* 11. & 12. Petr. Gregor. Tholos. *d. cap.* 2. *n.* 3.

§. VI.

Quod ut plenius pateat, cum omnis injuria, aut re dicatur fieri, aut verbis, in §. 1. *I. de Injur.* primo *Reales* considerabimus, post *verbales* injurias. Realis varie committitur, potissimum re vel facto, quod ad alterius contumeliam tendit. §. 1. *I. de Injur. & l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Huc referenda videbatur consueta Venatorum pœna, quam sustinere coguntur illi, qui de rebus venatoriis paulum crassius loquuntur, vel non usitatis ipsis loquendi formulis utuntur: Wenn einer das Weidmesser zu versuchen bekommet; Verum cum hic deficiat finis injuriarum, ut scilicet contumelia fiat alteri, sine quo animo nunquam injuriam committi, modo diximus, extra dubium est, injuriarum actionem non habere illum, qui ita à Venatoribus est percussus. Besold. *Thesaur. Pract. lit. W. n.* 35. *voc.* Weidmesser schlagen. Imputet enim sibi, quod se immiscuerit rei ad se non pertinenti, *c.* 19. *de R. I. in 6to. l.* 36. *ff. eod.* i. e. cujus est ignarus & imperitus; *l.* 9. §. 5. *l.* 19. §. 5. *ff. locat. l.* 8. §. 1. *ff. de L. Aquil.* §. 6. *I. eod.* Quid quod Venatores suo jure sint usi, unde non videntur injuriam intulisse. *l. Nullus.* 55. *ff. de R. I.* & *l.* 129. *eod.* Formulas Venatorum consuetas tradit Ahasv. Fritsch. *in Append. ad Besold. lit. W. n.* 10. *voc.* Weidwercks-Wörter.

§. VII.

Eadem decisio obtinet, quando quis in exercitiis tormentorum vel balistarum à scopo aberravit, wenn einer im Stahlschiessen die Sau bekommt, und gepritschet wird. Nolden. *de Stat. Nobil. c.* 13. *n.* 83. Hinc ita in Curia Provinciali Saxonica pronunciatum fuisse, weil es nur aus Vexirerey geschehen, refert Richter. *cent. reg. Jur. reg.* 2. *n.* 64. *p.* 54. Nisi tamen in Regione hoc fieret, quæ moris hujus nescia esset; Mores enim Provinciarum omnino hic attendendi. *l.* 9. *ff. de extraord. Crimin. l.* 34. *ff. de R. I.* Alex. *l.* 2. *Cons.* 203. *n.* 3. Aug. Barbosa *in Thesaur. Locuplet. l.* 11. *c.* 52. *Axiom.* 1. Nam non ubique hic mos frequentatur, sed alicubi locorum duntaxat solent illi, qui aberrant à scopo, à Scurris versicolori vestitu indutis, quos Pritschemeister vocant, flagro quodam ligneo vel tabella in natibus percuti. Quem morem à Romanis antiquioribus ad Germanos dimanasse vult Draco *de Jur. Patricior. lib.* 1. *cap.* 11. *in fin. p.* 80. Antiquitus enim Romani post convivia simili fere modo luserunt, astragalos in scrobem jacientes, corpore prius in gyrum verso: Quod ideo fieri solebat, ut spiritus animales commoti, jacientem facilius à scopo declinare facerent; & qui extra scrobem astragalum forte projecisset, à scurra ferula percuteretur.

§. VIII.

Pertinet huc notissimus ille *Depositionis Academicæ* ritus, quo jam primum in Academiam venientes explorantur, & numero Beanorum, sit venia verbo, eximuntur: Nam licet hic varie exagitentur novitii Studiosi, nulla tamen hinc infertur injuria; cum omnia non solum joco fiant, sed totus actus ad honestum tendat finem, ut scilicet mores mutentur, & imposterum vita honeste geratur. *l.* 5. §. *ult. ff. ad L. Aquil. l. Item apud Labeonem.* 15. § 38. *in fin. ff. de Injur.* Res ipsa ab Atheniensibus originem traxit, quæ urbs olim sola velut totius orbis Academia fuit, quemadmodum ex Gregor. Nazianzeno *in Orat. Funebri Basilio Magno habita* patet. Memorat enim ætate illa, ante annos mille trecentos fere & quod excurrit, veteranis jus fuisse in Scholasticos novos, eos omnibus ludibriis exagitandi; eo fine, ut elatio spiritus & animi in novitiis illis reprimeretur, moxque ab

initio tractabiliores ad omnem subjectionem redderentur. Post aliquod demum tempus deducebant eos per publicas plateas, varie adhuc exagitatos, ad publicum balneum: ibique ablutos reducebant, tanquam à barbarie jam emendatos, honorifica pompa scholam versus, ubi à Magistris obviam venientibus excipiebantur, & in scholis introducebantur. *Hæc ibi.* Vid. Comen. *in Encyclopæd. viva pag.* 492. *& seqq.*

§. IX.

Non dissimiles sunt huic ritui solennitates & ceremoniæ, quibus in absolutione Tyronum uti passim solent Opifices, wenn sie nemlich einen zum Gesellen machen, quasque per vocabula schleiffen, höfelen, & nescio quibus aliis exprimunt verbis, uti patet ex singulari exemplo, quod refert Reichenbach. *Dissert. Inaug. de Statut. cap.* 4. in causa M. S. Drechslers-Gesellen *contra* die sämtlichen Drechslers-Gesellen, ubi Actoris petitum in hoc consistebat; Er hätte sich von seinen Gesellen-Jahren loßsprechen lassen, und wäre nun übrig daß die Gesellen ihn auch *absolvir*ten, und Handwercks-Brauch nach hobelten, und einer einen Pfaffen *agirte*, erwehnte Gesellen aber wolten das nicht thun *&c.* Ad quod excipiebant Rei: Es wäre itzo kein Gesell nicht da, der solches verstünde, und würden wohl 4. Persohnen darzu gebrauchet, zu dem müste einer eine lange Predigt thun, und wenn sie es nicht recht machten, würden sie von den Zusehern ausgelachet; sonsten wäre auch gebräuchlich daß dem Pfaffen es etliche Wochen zuvor gesaget würde, daß er sich könte darauf geschickt machen *&c.* Ex quibus & aliis ceremoniis, si quis offendatur, non habebit actionem injuriarum. Quamvis enim non adeo probemus ejusmodi consuetudines & mores, dum tamen tolerante & connivente Magistratu fiunt, nec nisi per jocum, injuria non poterit iisdem dici illata. *l.* 3. §. 3. *ff. de Injuriis.*

§. X.

Idem dicendum putamus de Mercatoribus, qui si quendam itineris socium vel comitem, imprimis ad nundinas habent, cui antea ista via nec visa unquam fuit, nec trita, solent eundem prævii aliquot

quot ceremoniis ludicris suam in Hansam suscipere; sie pflegen ihn zu hänseln. Sicut quoque Nautæ ad aspectum nonnullorum promontoriorum novitios suos chorda constrictos in mare dejicere, ternaque vice vicissim extra aquam usque ad exteriores navis partes trahere & retrahere alicubi consueverunt. Cum quo convenit consuetudo Bergensium in Norwegia, quæ olim circa Tyrones, Collegio ibidem, quod vocant Contor, initiandos, fuit usitata, quam ludum Neptuni, das Wasserspiel, Garbenspiel, Rauchspiel, Staupenspiel vocare soliti sunt. Coler. *Calendar. Perpet. ad Mens. Maj.* Sprenger. in der Wechsel-Practick, *pag.* 24. Ubi scilicet Tyrones corbi impositos fumo exposuerunt, flagrisque ad necem usque cæsos, ac tantum non excoriatos extra navis oras in mare projecerunt. Quo ritu singulis annis repetito, præterlapsis demum octo annis, digni visi sunt, qui in numerum Mercatorum susciperentur, iisque privilegiis, quibus alii, fruerentur, Marquard. *de Jur. Mercat. singul. l.* 3. *C.* 2. *n.* 32. Conf. Melchior Adami *in vita Husani p.* 288. Quæ ut & alia cum sine animo injuriandi fiant, injuriarum actioni non relinquunt locum, *dd. text.*

§. XI.

Illud hic non inepte quæritur: Quid de jocosis illis persuasionibus habendum, quibus alter alterum Calendis Aprilis ad certum locum eundem movere solet, quas Germanico idiomate dicere solemus: Einen nach dem April schicken, pariantne injuriarum actionem? Morem hunc originem suam debere circumductioni & illusioni Christi die Passionis suæ factæ à Pilato ad Herodem & vicissim, contendunt alii, putantes, inventum hoc ab ipso Diabolo fuisse subministratum, quo Deus quotannis ab ipsis Christianis suis rideretur. Vid. Becmann. *in System. MS. de Festis ad diem Parascev.* Alii vero festo Dei *Risus*, cujus mentio fit apud Apulejum. *l.* 1. *&* 3. *de Aur. Asin.* eundem adscribunt: Hoc enim variis ludicris & deceptionibus ad risum excitandum peragebatur, quo tempore primum Sol diem longiorem nocte protendit, quasi tunc cuncta hilaritate mulcerentur. Diether. *in Besold. Contin. Thesaur. Pract. voce:* Narren, *in fin.* Quicquid horum sit, nostri non est instituti, hæc omnia percontari, quapropter, quid de proposita quæstione habendum, breviter expedimus.

§. XII.

Putamus ergo circumstantiarum hic potissimam rationem habendam. Etenim si inter æquales ejusmodi jocus intercesserit, nulla inde injuria provenit; *L.* 3. §. 3. *ff. de Injur.* cum nullam realem involvat deceptionem, sibique imputare unusquisque debeat, quod consuetudinem, quæ strictissime hodienum observari solet, neglexerit, & sibi in æstimandis istis jocosis persuasionibus non melius prospexerit, inprimis quod in proverbium jam abierit:

Es ist der erste April,
Da schickt man den Narren wohin man will.

Contra ea, si inæquales fuerint personæ, honoratiori actio injuriarum non deneganda. Quamvis enim nihil injuriosum contineat hujusmodi jocus, aliquali tamen macula aspergit personam honoratiorem, quasi nugis terentem tempus, quod negotiis arduis & seriis impendere necessum habebat. Quæ actio etiam locum inveniet, si hic jocus contra liberos honoratiorum adhibeatur, cum respectus erga Parentes se quodammodo extendat ad liberos, adeoque Parentibus liceat ideo injuriarum agere. *l.* 1. §. 3. *l.* 18. §. 5. *l.* 30. §. 3. *l.* 41. *ff. de Injur.* §. 2. *I. eod.* Conf. plur. D. Stryk. *in Disp. de Jure Persuasion. cap.* 2. *n.* 171. *seqq.*

XIII.

Idem dicendum de *ritu aquæ perfundendi homines*, qui medio Paschatis festo in nonnullis locis solet frequentari: Qui ritus an in memoriam Pharaonis in mari rubro submersi fiat, an à veteribus Christianis descendat, qui hoc tempore Candidatos suos baptizarunt, Diabolusque sequentibus temporibus hunc morem perverterit, & jocum ritui maxime serio substituerit, utque jocandi causa homines aqua se perfunderent, induxerit, non examinabimus. Conf. D. Becmann. *in d. Syst. de Festis, ad Fest. Paschat. n.* 7. Sicut quoque aliud non putamus *de more virgis se invicem cædendi*, qui alicubi die Cinerum, alibi vero Paschatis festo obtinet; Primisque temporibus ideo introductus, ut verberibus his sive plagis admoniti homines, revo-

çarent

carent in memoriam peccata, ab iisque desisterent, & se corrigerent. Joco enim hæc omnia expediuntur, nemoque illorum, qui tale quid agunt, quicquam serii cogitat.

§. XIV.

Cavendum tamen his casibus ante omnia erit, ne quis modum in jocando excedat, neve tale quid agat, ex quo ad minimum praxi locorum injuria resultet. Quorsum referendæ ridiculæ illæ atque ignominiosæ noctu subinde exerceri solitæ cantiunculæ, odiosa musica conjunctæ, quod appellant ein Ständgen mit Pfennigs-Pfeiffen und Maultrummeln, vel ubi melioribus quidem instrumentis sunt instructi cavillatores, una tamen semper chorda oberrant; Aut etiam magna instrumentorum dissonantia, dissonantes in persona aliqua mores demonstrant. Quibus actibus, licet jocus aliquis subsit, qui posset videri excludendam injuriarum actionem, cum tamen liberior ille sit, quam ut æquo animo perferri possit, & juxta observantiam modernam in pessimam degeneraverit notam, injuriarum actioni erit locus. Nulla quippe accuratior actuum sit interpretatio, quam quæ ex observantia resultat & usu subsecuto. *arg. l. 4. §. 2. ff. de Public. & Vectig.* Cravett. *cons.* 592. *n.* 22. Gail. *l.* 1. *obs.* 36. *& l.* 2. *obs.* 52. *n.* 19.

§. XV.

Et hoc quoque affirmandum existimo: Wenn man einer Braut des Nachtes Heckerling streuet: Cum enim alias more quorundam locorum, prope illarum ædium limina, unde pompa nuptialis procedit, gramina per aliquam plateæ partem spargantur, ad denotandam in contrahentibus junioribus floridam ac viridem virginitatem, in ætate profectis autem reviviscentiam; Hic vero contrarium fiat, ut pabulis ejusmodi jumentariis deflorata Virginitas & antea ne primoribus quidem labris degustata voluptas Venerea in contrahentibus denotetur, quis non injuriarum teneri hoc facientem, mecum affirmaverit? Conf. D. Linck. *in disp. de Scommat. th.* 13. *in fin.* Neque aliud putandum de iis, qui in notam levitatis ædibus contrahentium noctu appendunt serta straminea, indicantia eine Stroh-Hochzeit; Vel quis procis aut virginibus in repulsæ, ab altero latæ, signum, ante ædes

corbes fundo carentes affigunt, quod vulgo dicitur: Einem den Korb bringen, hujusque generis innumeris aliis actibus, quibus junior ætas ultra modum delectari solet. Vid. plur. Schwendœrffer. *in Disp. de Jure Noct. cap.* 3. Licet enim hæc vera sint, ad quæ designanda, præfatæ ineptiæ fiunt, quia tamen illa manifestari Reip. non interest, nec revelatio juste modoque Legibus probato facta, insuper ex opinione Vulgi contumelia aliqua hinc inferatur, nullum dubium est, quin competentibus actionibus teneatur Reus. *l. Eum qui nocentem.* 18. *ff. de Injur.* ibique Præs. *in disp. de Veritate Convicii. Membr.* 3. *n.* 3. *seqq.*

§. XVI.

Plures hujus farinæ jocos mordaces referre possem, nisi eosdem jam propositos viderem in *d. Disp.* Linck. *de Scommat.* Quam ob rem ad illam B. L. remittens, unicum de Sartoribus adjicio exemplum. Scilicet notum est, de illis vulgatum illud dicterium, quo *Capri* nominari atque cum illis in arenam deduci solent. Hoc adumbraturus pictor quidam, oblatum sibi à Sartore pingendum signum, primum oleo subactis coloribus pinxit, aquaticis autem denuo oblevit, qui colores aquatici, ubi aqua pluviæ fuerunt diluti, duo capri invicem irruentes in signo apparuerunt, ostensi demum à Vicinis sartori. Qu. An actione injuriarum teneatur pictor? Quod omnino existimo, cum liberior, quam par erat, fuerit hic jocus, usu & moribus improbatus, *l.* 15. §. 5. *ff. de Injur.* multoque magis improbandus, quod ad invidiam spectet, non hujus tantum Sartoris, sed totius Collegii Sartorum, *d. l.* 15. §. 5. *l.* 38. *ff. Eod.*

§. XVII.

Quod tamen iterum limitamus, nisi jocum liberiorem excuset familiaris conversatio, & hactenus culta amicitia: Tunc enim obtinet, quod vulgo dicitur: Unter guten Freunden muß man nicht alles zu Boltzen tragen. Quorsum spectat illud Comici:

- - Si quid dictum est per jocum
Non æquum est, id te serio prævortier.

Plaut. *in Amphytr. Act.* 3. *sc.* 2. & *Pœnul. Act.* 5. *scen.* 5. Inde non erat causa

causa querendi Chirurgo cuidam, cum quo aliquibus magna intercesserat familiaritas, quod accersitus ad sanandum vulnus in conflictu cum militibus illatum, abluto demum appicto cruore, se pictoris manu deceptum irrisionique cœterorum propinatum advertisset. Jocus enim hic ex eo, quod inter amicos, interque privatos parietes erat factus, facile merebatur excusationem, *arg. L. Si non convitii.* 5. *C. de Injur.* Imputandum erat Chirurgo, quod in tantam familiaritatem admiserat alios. *arg. l.* 19. *ff. de Offic. Præsid.*

§. XVIII.

Dicendum nunc etiam paucis de actibus, quibus Virgines se læsas nonnunquam, injuriaque affectas queruntur; Juvenes è contrario prætextu joci hos excusare solent, ad quos inprimis refero *Oscula*, quæ licet invitæ data injuriarum pariant actionem, dum hac ratione Virginis attentatur pudicitia, *arg. l.* 1. §. 2. *ff. de Injur.* D. Stryk. *Tr. de Jur. Sens. Diss.* 7. *Cap.* 5. *n.* 10. *seq.* Aliter tamen puto, si ejusmodi osculis causam dederit præcedens jocus, utpote si Virgo dixerit: Sie wolte den noch wohl sehen, der sie jemahls küssen solte; Ecquis enim hanc simpliciter invitam crediderit? Quis non potius dixerit, eandem se alterius potestati commisisse, ut periculum osculi inferendi subiret? præprimis si præsentibus juvenibus talia verba proferret. Quapropter huic potius suadendum esset, ut cum puella illa ap. Theocrit. *Idyll.* 27. absterso vultu & emisso sputo osculum elueret, quam actionem injuriarum intentaret.

§. XIX.

Qua occasione simul excutiendum: An si mas quidam joco uxoris alienæ labrum inferius digito percusserit, quod dicunt: Den Brumm schlagen, mulieri actio injuriarum competat? Quod omnino affirmamus: Est enim tactus vel actus hic petulans, velut impudicitiæ lusus. Bald. *in c. Tuæ. X. de Procurat. n.* 4. Bocer. *de Adult. cap.* 4. *n.* 77. quem si uxor, sine offensione & contradictione admitteret, certe haud parum se suspectam redderet, cum nemo sine periculo suæ existimationis ad hunc actum silere, eique connivere soleat. Cothmann. *Vol.* 3. *Resp.* 16. *n.* 79. Idem est, si quis Virginem affectetur, i. e. tacitus

citus continuo sequatur, §. 1. *I. de Injur. L. Item apud Labeonem.* 15. §. 22. *ff. Eod.* cum assidua frequentia sinistram pariat apud alios suspicionem. *d. l.* 15. & 22. Nisi colludendi aut officii honeste faciendi gratia id fecerit. Tunc enim injuriarum non tenetur. *d. l.* 15. §. *Meminisse.* 23. *ff. de Injur.*

§. XX.

De Alapa joco illata supra *Cap.* 3. *th.* 18. fuimus solliciti, hic duntaxat illud monemus, quod si quis de facto semet ad perferendas alapas obligaverit, non habeat remedium, illas, si acceperit, vindicandi. Volenti siquidem non fit injuria. *c.* 27. *de R. J. in 6to. l.* 1. §. 5. *ff. de Injur. l.* 3. §. 5. *ff. de Liber. hom. exhib. l.* 9. §. 1. *ff. de Aqua & Aqu. pluv. arcend.* Cæteroquin vero omnino ideo injuriarum actioni locus, cum alapa pro graviori injuria ab omnibus reputetur, & offensio sit præ reliquis ignominiosa. Fichard. *l.* 2. *cons.* 117. *n.* 8. Osiander. *ad Grot. de J. B. & P. l.* 1. *c.* 2. §. 8. *obs.* 2.

§. XXI.

Et sic nunc ad *Injurias Verbales* transimus, quæ non solum voce inferuntur & dicto; Sed etiam scripto & literis. *l.* 1. §. 1. & *l.* 5. §. 9. *ff. de Injur.* Excusatur tamen hic quoque qui animo jocandi, ludendi, vel tempus fallendi quicquam protulit, *d. l.* 3. §. 1. & 3. *ff. Eod.* Unde si accidat, ut quis præter intentionem alterius verba captet, & in partem sequiorem, quam quidem fuit cogitatum, rapiat, frequens solet esse purgatio: Man hätte es so böse nicht gemeynet, man würde ja Schertz verstehen können, es entführe einem wohl zuweilen ein Wort, &c. Quæ declaratio in judiciis interdum pro ratione circumstantiarum injungi solet, de quo Carpz. *in Praxi Crim. qu.* 97. *n.* 14 & *seqq.*

§. XXII.

Vel itaque verba jocosa sui natura, aut usu & moribus hominum sunt injuriosa; *Vel* sunt indifferentia. Quod priora verba attinet, fundatam habet intentionem ille, contra quem sunt prolata, cum præsumtio militet contra proferentem, *l. Si non convicii.* 5. *C. de Injur.*

l. 18. §. 3. *ff. Eod.* Vid. *th.* 5. *hoc Cap.* Quam ob rem cum faciliorem sibi possit polliceri victoriam, non absurde agit, si actionem injuriarum moveat. Quorsum referimus, si alicui per jocum corporis vitia fuerint exprobrata, quale exemplum de nano quodam gibboso exstat apud *Philandr.* von Sittewald in seinen Satyrischen Traum-Gesichten, ubi explorantibus locum, ubi gibbosus commoraretur, & annon equitantem aliquem conspexissent, responderant aliqui: Es wäre ihnen nicht wissend, wohl aber, daß ein Pferd vor ihnen hingelauffen wäre, daran zwey Stieffeln gehangen, der Hut aber auf einen gedoppelten Sattelknopff mitten eingenagelt gewesen wäre, *rc.* Quæ verba cum aperte satis animum contemnendi prodant, dubium non est, quin ideo injuriarum agi possit.

§. XXIII.

Eadem decisio locum habet in verbis, quæ quis de Nobili quodam decrepito protulerat: Daß ihm die Würste den Rückgrad gar zusammen gezogen hätten. Vid. Fritsch. *in Supplem. ad Webner. Observ. Pract. voce*: Umreiter, Wurstreiter: Neque enim hæc verba præter speciosam joci denominationem quicquam acquirunt, neque doli præsumtionem, nisi inter amicos valdeque familiares excludere possunt. Quod quoque dicendum, si quis lubricam alicujus fidem denotaturus dixerit: Er trüge auf zweyen Achseln, oder: Es liesse seine *Constitution* nicht zu, daß er viel auf einer Schulter lange Zeit trüge: Nam & hæc verba talia sunt, quæ usu moderno contumeliosa, nec facile colorari possunt. Vid. D. Linck. *in d. disp. de Scommat. th.* 11.

§. XXIV.

Quantum ad verba jocosa indifferentia, quæ scilicet in utramque partem bonam & malam possunt explicari, & ubi animus injuriandi dubius, qualia sunt, si quis, v. g. de Medico dixerit: Es wäre ein berühmter *Medicus*, wenn einmahl ein *Patient* in seiner Cur gewesen; so würde er so leicht keines *Medici* bedürffen. Sedulo hic explorandum est illi, de quo talia verba prolata, num ex circumstantiis animum injuriandi probare possit, verbaque hæc contra naturam suam in sinistram partem fuisse adhibita, docere. Alioquin consultius erit absti-

nere accusatione, & *non serio persequi*, *quod paulo mordacius dictum videtur*, *quin potius silentio & risu hujusmodi quid dissimulare*, *ipsaque approbatione eludere*, ut inquit Freher. *l. 2. de Existimat. cap. 2. n. 8. & 9.* Etenim difficilis non solum, sed turpis hoc casu sæpe numero est doli probatio, cum vix fieri possit, ut non propria simul turpitudo allegetur, & ex circumstantiis, ab Actore sic allegandis, juxta *l. 2. l. 21. & l. 22. ff. de Probat.* statim probetur, aliquem non abs re ita notatum, ejusque suggillationis obnoxium fuisse, juxta tritissimum proverbium: Wenn man unter die Hunde wirfft, welchen man trifft, der schreyet. D. Linck. *d. Disp. th. 30.*

§. XXV.

Qua occasione paucis subjiciendum, quid de dicteriis illis jocosis, quæ passim in unius alteriusve civitatis, imo totius nonnunquam Regionis irrisionem excogitantur, & detorquentur, habendum, possitne aliquis illorum causa injuriarum agere? Inveniuntur hic multoties, qui in illa dicteria gravissimo rigore, ad conservandam Patriæ existimationis incolumitatem invehuntur, & illudendi aliis libidinem coercere moliuntur, pro aris & focis pugnaturi, si aliquatenus saltem scoptico dente petantur; Verum an prudenter satis, de eo valde dubito. Etenim *spreta*, inquit Tacitus *libr. 4. Annal. c. 34. in fin. exolescunt talia*, *si irascere*, *agnita videntur*. Quapropter cautius, meo judicio, acturi forent ejusmodi homunciones, si aliud tempus forsan commodius exspectarent, vires pro Patria periclitandi, hocque causa jocum potius simili joco repellerent, & aliis lubricis linguæ facetiis opprimerent, multo magis, quod non adeo facile hinc cujusquam fama aut existimatio lædatur. Marquard. Freher. *d. l. n. 9.*

§. XXVI.

Quod si tamen hæc dicteria ideo proferantur, ut in specie quis iis petatur & ludibrio habeatur, non dubito eidem actionem injuriarum concedendam. Vid. Damhouder. *Prax. Crim. Cap. 139. n. 9. seqq.* Sic enim pravus animus dicentis rem facit iniquam. Quod multo magis obtinet, si quis ejusmodi historias parietibus appinxerit. *l. 5. §. 10. verb. sine scriptura in notam aliquorum. ff. de Injur.* Quemadmodum

dum in oppidulo Schildensi, ob multijugam dementiam decantatissimo, magnæ molis cancrum ab ipsorum civium majoribus, primum pro sartore, postea vero pro falsario & proditore Patriæ habitum, aquisque immersum, publicis quendam puteis & cisternis insculpsisse perhibent. Qualis jocus cum nimium quantum modum excedat, proculdubio talis est, qui dolum involvat, & consequenter actionem injuriarum producat. Damhoud. *d. cap.* 139. *n* 12. Ita etiam si talia in Patriam eructata audiantur, quæ famam Nationis sugillare poterant, merito illa animadversione justa repellenda. Sicuti enim bonus quisque præsumitur, qui non est Natione infamata, & malus ille videtur, qui ea Natione est, quæ magis infamis, *l. 31. §. 21. ff. de ædil. edict.* ita se dignum Patria civem exhibebit, qui vel ab imputata infamia liberaverit Patriam, vel hanc forte sinistra fama laborantem, virtutum studio, famæ restituerit.

§. XXVII.

Referri huc potest curiosa magis, quam jocosa Quæstio: Num liceat Virginem interrogare de Virginitate sua? Quod licet prima fronte affirmandum videbatur, cum nemo debeat esse ignarus conditionis ejus, cum qua conversatur, *l. 29. ff. de R. J.* & quærere liberum sit, juxta vulgatum illud: Eine Frage stehet frey. Verior tamen adhuc videtur negativa: Unde dubium non est, quin ita interrogans injuriarum teneatur: Omnis enim, qui hoc modo de alterius moribus vitæque integritate interrogat, dubitat; Quæ autem absque præcedentibus legitimis indiciis concipitur dubitatio, injuriosa est & Legibus adversa, quæ unumquemque tamdiu præsumunt bonum, donec contrarium sit probatum. *arg. l. 51. pr. ff. Pro Socio. l. 18. §. 1. ff de Probat.* Aug. Barbos. *in Thesaur. Locuplet. l. 4. c. 12. ax.* 16. Nisi vel amicitia, vel nimia familiaritas hanc quæstionem excusaret.

§. XXVIII.

Eadem injuriarum actio competit Virginibus, si coram ipsis aliquis turpibus verbis fuerit usus, *l. 15. §. 21. ff. de Injur.* Aut enim ut Virgines offendat, talia quis dixit, & res clara est: Aut joco & recreandi ergo, & tunc quoque tenetur, dum ejusmodi obscœna verba

proferendo satis ostendit, minus castam à se putari, quæ minus castis delectatur. Nec excusabitur quis, si probare possit, se hujusmodi impudica à Virgine aliquando audivisse: Inveniuntur etenim, quarum verba, si prout jacent & ex ore profluunt, intellexeris, nec ad limites circumstantiarum retuleris, aut cum intentione proferentis attemperaveris, multorum interdum criminum reas feceris, cujusmodi mulierculas, ore duntaxat, non corde, lascivas, *Germanice* dicere solemus: Maul-Huren. Speidel. *Specul. Notabil. voce: Complimenten.* Qualem fuisse referunt Clytemnestram, cujus mentionem facit Alciat. *l. 2. Parerg. Cap. 12. in fin* quæ, ut Cœcilii ænigma habet, *in triclinio fuit Coa, in cubiculo vero Nola*, i. e. in convivio inhonesta petenti cuicunque annuit, in cubiculo omnibus negavit.

§. XXIX.

Et hæc de *Injuriis*. Superest, ut quantum ad Delicta privata illud adhuc moneamus, non teneri actione de servo corrupto illum, qui jocando & lusus gratia servum alienum corrupit, aut eum deteriorem reddidit: *L. Dolo malo 3. pr. ff. de Serv. corrupt.* Cessat enim in jocante dolus, qui tamen præcise requiritur ad hanc actionem. *d. l. 3. & §. 23. I. de Act.* Inde si quis joco suaserit servo, ut in tectum ascenderet, vel in puteum descenderet, & ille paruerit, crusque vel aliud quid fregerit, aut perierit, non tenetur suasor. *l. 3. §. 1. ff. de Serv. corrupt.* Gothofred. *ad d. l.* Neque enim servus parere habebat necesse; *l. 2. §. fin. ff. Mandati.* Quamvis utilis L. Aquiliæ actio non omnino deneganda. *§. ult. I. ad L. Aquil. l. 4. ff. de Serv. corrupt.*

§. XXX.

Quo monito progredimur ad Delicta publica, inter quæ se primum sistit *Crimen læsæ Majestatis Divinæ*, quod inter cætera quoque committitur, profanatione sacramentorum, quæ licet joco facta sit, non tamen excusat delinquentem. Quamvis enim alias jocans mereatur veniam, Carpz. *Prax. Crim. qu. 121. n. 46.* & quod per jocum fit, non adeo sinistre interpretandum sit. *l. 3. §. 3. ff. de Injur.* Aug. Barbos. *in Thesaur. Locuplet. l. 9. cap. 83. Axiom. 2.* Delictum blasphemiæ tamen

men gravius est, quam ut in eo jocari liceat. Esbach. *ad Carpz. p. 4. c. 1. def. 10. n. 1.* Masen. *de Font. Argutiar. L. 1. Cap. 9.*

XXXI.

Pœna itaque illorum, qui jocose profanant sacramenta, vel qui ludunt verbo divino, illoque ad jocos utuntur, de quo dixi *Cap. 1. th. 11.* eadem est cum serio profanantibus. Et sic, cum blasphemiæ mediate in Deum commissæ, qualis hæc est, nulla certa in Jure statuta sit pœna, arbitrio Judicis relinquitur, pro qualitate circumstantiarum aliquam pœnam decernere. Carpzov. *in Prax. Crim. qu. 45. n. 80.* Menoch. *de A. J. Q. cas. 376. n. 4.* Inde in casu, ubi quis jocose in commessationibus & compotationibus verba S. Cœnæ recitaverat, illamque administraverat, pœnam carceris dictavit Facultas Jurid. Lipsiensis, *Mens. Novembr. Anno 1625.* uti videre est ex præjudicio, quod refert Carpz. *d. Q. 45. n. 100.*

§. XXXII.

Cæterum in pervestigandis blasphemiæ speciebus operosum se præbet ex Pontificiis Anton. Diana. *in Resol. Moral. Tom. V. Tract. 8. Resol. 13.* ubi quærit: *An qui amasiam suam vocet Deam suam*, seine Göttin, *sit blasphemus*? Et multis in utramque partem coacervatis argumentis tandem negativam amplectitur, cui quoque nos accedimus. Licet enim illicitus sit jocus, in quo nomen Dei usurpatur, & jocari in rebus tanti momenti specialis blasphemia, quia tamen hic nec profertur, nec accipitur, in significatione propria, sed hyperbolica, pro blasphemia illud non habemus. Quamvis ab ejusmodi inanibus vocibus abstinere tutius omnino arbitremur. Id quoque, si quis per jocum dicat Sanctos *Crispum* & *Crispinianum* fuisse sutores, & Sanctos *Johannem* & *Paulum* fuisse Eunuchos, an ille sit blasphemus? disputat ibidem Diana *Tom. V. Tract. 8. Resol. 12. n. 3.* Quod nos eo magis negare possumus, quo minus honoris ejusmodi Sanctis tribuendum credimus. *Apocal. 6. v. 9.* Vid. Carpz. *d. qu. 45. n. 73.*

§. XXXIII.

Præter hæc quoque *Maleficium* ad Crimen læsæ Majestatis Di-

Digitized by Google

vinæ refertur, Carpz. *Prax. Crim. qu.* 48. *n.* 1. cujus ficuti variæ species sunt, ita inprimis celebris est illa quæ fit per nodationem, ligationem ligulæ, vulgo Nestel verknüpffen, aut projectionem seræ clausæ cum clave in aquam. Quo quidem scelere nihil videtur perniciosius aut execrabilius; Etenim creatur isto, arte Diabolica, tam arctum impedimentum novis Conjugibus, ut nulla fere arte Medica, nisi à solo Deo, vicissim tolli possit, quemadmodum non solum rationibus, sed etiam plurimis exemplis probatum dedit D. Simonis *in Tr. de Impotent. Conjug. cap.* 6. *th.* 4. *tot.* Add. *c. ult. X. de Frigid. & Malefic.* Ergo gravius itaque puniendum, quod quamvis res ludicra videatur, magni tamen momenti sit, cum per eam effectus impediantur matrimonii. Bodin. *de Magia Dæmon. Lib.* 4. *Cap.* 5. *in med.* Unde dubium non est, quin ob damnum ita datum gladii pœna irrogari possit, per ea quæ habet Carpzov. *d. l. qu.* 50. *n.* 3. *seqq.*

§. XXXIV.

Quæritur tamen, an eadem pœna obtineat, si quis dicto modo per jocum ad brevius tempus, forsan prima saltem nocte, cohabitationem impediverit? Casum hujus rei refert Carpz. *P.* 2. *Dec.* 186. de Virgine quadam, quæ ita minata erat Juveni cuidam: Wenn er eine andere freyen würde, wolte sie ihm einen Possen thun; massen dann auch geschehen, und sie das Schloß nicht ihme zum Schaden, sondern nur deswegen zugeschlossen, daß er die erste Nacht nicht bey der Braut schlaffen könne. Et mitigandum omnino censeo pœnam, quoniam voluntas delinquentis, quæ semper in delictis spectanda, *l.* 53. *pr. ff. de Furt. & l.* 1. §. 3. *l. Divus Hadrianus.* 14. *ff. ad L. Cornel. de Sicar.* non fuit damnum dare, aut perpetuum impedimentum creare, sed vexandi tantummodo causa offendiculum apud Sponsam præbere. Quod si ergo causa quoque bestialis & fatua sufficit ad pœnæ mitigationem, Nicol. Reusner. *libr.* 3. *Dec.* 2. Guid. Papa. *Conf.* 31. *n.* 24. quidni multo magis jocus & vexatio? Carpzov. *d. Dec.* 186. *n.* 15.

XXXV.

Pergo nunc ad *Homicidium*, quod si non pravo animo factum, aut maligna intentione, pœnam gladii ordinariam non meretur. *l.* 53.

pr. ff.

pr. ff. de Furt. l. Eum qui. 5. ad L. Cornel. de Sicar. Carpzov. *in Praxi Crim. qu. 27. n. 2. & seqq.* Inde si contigerit, ut, dum quidam jocarentur, absque dolo quis occisus fuerit, extra ordinem duntaxat pro ratione circumstantiarum pœna à Judice statuenda, aut Lege Aquilia agendum, Wesenbec. *ad ff. tit. ad L. Aquil. n. 7.* Utpote, si aliqui jocose inter se strictis gladiis dimicaverint, alterque ex his alterum occiderit, Farinac. *Prax. Crim. qu. 126. de Homicid. num. 30 & seqq.* Ad culposum enim, non dolosum, homicidium hoc referendum, quod non animo occidendi, sed ex lascivia saltem, seu joculario malo & petulantia est patratum. *L. Lege Cornelia. 4. §. 1. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* ibique Gothofred. *lit. d.* Das ungefährlich aus Geilheit, oder Unvorsichtigkeit, doch wider des Thäters Willen geschehen, juxta verba *Constit. Crim. art. 146.* Idque multo magis, si occisus fuerit auctor joci. Moller. *ad Constit. Saxon. p. 4. C. 10. n. 10.* Add. Speckhan. *Cent. 3. qu. Class. 2. n. 5.*

XXXVI.

Idem obtinet in casu sæpius contingente, si scilicet aliquis, qui joco aliquem bombarda terrere volebat, quam globo vacuam, aut eo quidem cum nitrato pulvere instructam, sed non intensam putabat, eum invitus trajecerit: Wenn einer den andern aus Schertz mit der Büchsen erschrecken wil, und ihn unversehens erschießt. Cum enim & hic per meram lasciviam absque dolo & forte fortuna homicidium commissum, quemadmodum ex circumstantiis constare potest, extraordinariæ saltem pœnæ, ob id, quod operam quis dederit rei illicitæ ac prohibitæ, locus erit, *d. l. 4. §. 1. ff. ad L. Corn. de Sicar.* Prout in Scabinatu Jenensi *Anno 1645. Mense Decembri* in terminis decisum testatur Christoph. Philipp. Richter. *Decis. 2. n. 3.* Addatur Wehner. *integro Consil. Francon. 4.*

XXXVII.

Simile exemplum de minis jocosis refert Tabor. *in Armament. Justin. p. 217. § 5.* ubi tamen præter minas ad factum processerat Reus. Scilicet minatus alicui fuerat Præfectus quidam, ni abiret, se eum suspensurum, quem in finem etiam ligulam ipsius circumdederat collo,

collo, simulansque se eum suspensurum, ramum arboris amplectendo, in altum jam levaverat, sed postea iterum dimissum variis divexaverat modis, usque dum spiritum emiserit supremum. Quo casu licet tota res joco peracta, quia tamen animus adfuit illudendi misero, culpam omnino contraxit Præfectus. Quæ hoc casu eo major, quo magis illicitum erat & injustum factum, in quo versabatur: Unde mirandum non est, cur ex arbitrio Judicis graviorem quoque sustinere debuerit pœnam. Add. Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 7. *n.* 33.

§. XXXVIII.

Neque prætereundus hic nobis est casus, qui præterito mense Julio in Civitate vicina contigit, & postea inde ad hanc Facultatem Juridicam fuit delatus mihique ab ejusdem h. t. Decano, Strykio, communicatus. Nimirum fuit ancilla quædam *Titia*, quæ postquam aliquoties alterius ancillæ ejusdem domus *Semproniæ* licentiosum morem quidvis prælambendi ac delingendi experta erat, hujus rei impatiens minata fuit, ni indecoram hanc consuetudinem exuere studeret, se tale quid aliquando ipsi daturam, ut in posterum sua sponte quidvis intactum relinqueret. Accidit vero, ut post aliquod tempus alia ancilla, *Caja* dicta, ex haustu potus cujusdam gravissima senserit tormenta, quæ veneni accepti ex Judicio Medicorum certissimum fuerunt indicium, præsentaneamque mortem intulissent, nisi Medici ocyus illi antidotis quibusdam occurrissent. Ob minas itaque antea jactatas carceri mancipata fuit *Titia*, & inquisitio contra ipsam à Judice instituta; Verum hæc non attenta gravissima admonitione de veritate revelanda, constanter asseruit, se nihil quicquam potui, quem *Cajo* hauserat, indidisse præter Helleborum, *Germ.* Nieſewurtz, idque joco fecisse, in hunc finem, ut morem quodvis lautum prælambendi, cupediasque appetendi abjiceret *Sempronia*. Sie hätte solches um ein Gelächter daraus zu machen, und also der Magd das Naschen abzugewehnen gethan. Quæsitum ego fuit: *Quo modo ulterius cum dicta ancilla* Titia *procedendum?*

§. XXXIX.

Hic certe joco helleborum dare, propositum erat *Titiæ*, idque absque

absque pravo animo, animo corrigendi & emendandi alteram ancillam, gulæ delicatiori assuetam, ut non potuisset videri punienda: Verum quia tamen in re illicita versata, operamque dederat rei prohibitæ, non potuit evitare, quo minus territio verbalis ipsi fuerit, *d.24 Julii currentis anni* dictata, hisce Formalibus: Ob wohl die Magd *Inquisita* beständig dabey geblieben, daß sie Niesewurtz in den Topff, daraus *Caja* getruncken, gethan, in Meynung der andern Magd *Semproniæ* damit einen Possen zu thun, und ihr die Näscherey abzugewehnen, auch nicht verhoffet hätte, daß jemand anders dazu kommen würde; jedoch aber weil die *Materie* an sich gifftig befunden, auch jemand dergleichen Possen zu thun, dadurch ein anderer an seiner Gesundheit Schaden nehmen kan, nicht vergönnet, sondern sie dannenhero *in re illicita versiret*, daraus leicht eine Tödtung erfolgen können, so ist ihr der Scharffrichter mit seinen zur Peinigung dienenden *Instrumentis* vorzustellen, daß er sie damit hart schrecke, und sich stelle, als solte und wolte er sie angreiffen, jedoch noch zur Zeit unangegriffen, und ist sie in solchem Schrecken zu befragen, 1. Ob sie nicht gewust, was es vor eine *Materie* sey, so sie in den Topff gethan? 2. Ob sie nicht gewust daß es gifftig sey? 3. Ob sie nicht den Vorsatz gehabt, dadurch jemand an Leib oder Leben zu schaden? 4. Wem sie solchen Schaden zufügen wollen? 5. Aus was Ursachen? Ad quæ interrogatoria, cum denuo examinata *Titia* Inquisita, eadem constantia, quod prius dixerat, confirmaverit, pœna extraordinaria carceris scilicet, dictata fuit ab hac Facultate *d. 31. Julii d. Anni* hisce Formalibus: Daß sie zwar von der Straffe beygebrachter Vergifftung zu *absolviren*, jedoch aber wegen des begangenen unzuläßigen Possens auf 8. Tage Gefängniß zu bestraffen, und die verursachte *Inquisitions*-Kosten zu erstatten schuldig. V.R.W.

§. XL.

Et hæc de homicidio revera, joco tamen, commisso. *Quæritur* autem, si quis risus, joci, dicisve causa dixerit, se delictum aliquod perpetrasse, an indicium faciat ad torturam? Quod ob absentiam veri consensus recte negandum ducimus cum Carpzov. *Praxi Crim. qu.121.n.46.* Quamvis enim jactatio sufficere alias videatur ad torturam,

turam, *art.* 32. *Const. Crim.* ibi: Von ihm selbst Ruhms-oder anderer Weise ungenöthigter Dinge gesaget. Conf. Menoch. *de Præsumt. l.* 1. *qu.* 89. *n.* 14. *seq.* & *de A. I. Q. l.* 2. *Cas.* 331. Mascard. *de Probat. Concl.* 871. Hoc tamen tantum procedit, si quis serio jactaverit, ut fortis viri, aut potius audacis nomen venetur, Stephan. *ad d. art.* 32. & præterea ejusmodi persona fuerit jactans, in quam criminis suspicio cadere possit, *d. art.* 32. Add. *L. Metum.* 9. *C. Quod met. caus.* cum multi alias reperiantur, qui jactatione verborum & terriculamentis suis se quidem efferunt, sed cum facinus aliquod aggrediendum est, post principia se continent cum Thrasone Terentio. Bernh. Zier. *ad d. Art.* 32. Non si quis risus jocive causa verba protulerit; Tortura enim cum res sit seria, merito etiam serium debet habere principium. Manz. *ad. d. Art.* 32. *n.* 3.

XLI.

Coronidis loco illuc adhuc adjicimus: An si quis facetiis aliquem perstringeret, aut alias jocando nonnihil offenderet; dicendo: Du wirst sie ja nicht alle fressen, hic calore iracundiæ incensus illum occideret, à pœna ordinaria sit immunis? Quod negamus cum Carpz. *p.* 4. *c.* 10. *def.* 10. *&* *qu.* 30. *n.* 14. *seqq.* Vexatio enim revera non est offensio, quippe qua nemo in periculo constituitur, multo minus in discrimine aliquo vitæ, quod alio modo, quam occisione adversarii avertere non potuerit. Debuisset itaque, qui expers humanitatis & leporis, joco excipere nescit, si offensum se putat, Judicem potius adire, quam propria autoritate sibi jus dicere, alterumque occidere, contra *L. Exstat.* 13. *ff. quod met. caus. L. pen. & ult. ff. ad L. Jul. de Vi privata.*

Disser-

Digitized by

Dissertatio de rescindendis & non servandis Contractibus, Præside JOH. FRIDERICO BOECKELMANNO, JCto, Elect. Palat. Consiliario intimo, Jurium Professore primario, & p.t. Decano, Heidelbergæ, THEODORUS von HOLTE, Hamburgensis.

CAPUT I.

De Explicatione Vocum

Contractus, Rescindere, Servare.

SUMMARIA.

1. *Contractus à contrahendo.*
2. *Homonymia.*
3. *Synonyma.*
4. *Vox rescindere ut passim accipiatur.*
5. *Servare quid?*

PRimo omnium curandum erit, ne *Vocum Perplexitas* explicationem rei ipsius vel obscuriorem vel difficiliorem reddat, videamus ergo harum *Originem & usum.*

Contractus à contrahendo dictus, quod diversæ partium §. 1.
sententiæ, post longos ultro citroque habitos tractatus, contrahuntur & coalescunt. *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Accipitur autem vox illa JCtis potissimum tripliciter (1.) Pro quolibet facto unde obligatio descen- §. 2.
dit, *l. 20. ff. de Jud. l. 7. C. de his quæ vi metusve causa. l. 1. ub. contrahuntur. ff. de LL.* Sive ex Justitia commutativa sive alia Virtute quid debeatur, sicque complectitur etiam delicta & quasi contr. *l. 49. ff.*

 de

de O. & A. l. 20. *ff. de Jud. Nov.* 96. *c.* 1. §. 1. & distractus, §. *is quoque. J. Quib. mod. re contr. Oblig. l. omnium. ibique. DD. C. De omni agro deserto.* transactiones, *l.* 5. *C. de Transact. l.* 7. *C. de his quæ vi metusve causa.* pacta legitima, *l.* 6. *ff. de Pact.* (2.) Late & proprie pro vero Contractu, *l.* 15. *l.* 22. *ff. de Præscr. verb. l.* 35. §. 3. *ff. de mort. caus. don. l.* 33. *ff. de Cond. indeb.* (3.) Stricte pro specie veri Contractus, qui δίπλευρος seu ab utraque

§. 3. parte obligatorius est, *l.* 19. *ff. de V. S.* Dicitur Contractus etiam Synallagma *l.* 7. §. 2. *ff. de Pact.* aliquando commercium *l.* 5. *ff. de Just. & I.* licet alias commercium pro jure quodam contrahendi accipiatur, §. 4. *I. de Legat. l.* 34. §. 1. *ff. de Contrah. Empt.* Sæpe dicitur pactum, quamvis pactum & Contractus sibi invicem etiam opponantur, *l.* 15. *ff. de Præscr. verb. l.* 71. *ff. pro soc.* Aristot. *lib.* 1. *Rhet. c. ult.* Nonnunquam Conventio, quamvis etiam hæc sit Genus Contractuum, ut infra docebimus, pactaque significatione sua contineat, *l.* 2. *l.* 7. *in pr.* & §. 1. & 2. *ff. de Pact.* Noster hic Discursus latius se extendet, quam ut intra limites Contractus proprie vel stricte accepti coerceri possit, dum enim altius rem repetituri, & radices conventionum iisque causas, quæ ipsas vel inutiles vel rescissioni obnoxias reddunt, scrutaturi sumus, facile in omnia negotia in quibus fides datur, sive ea Contractus sive aliter à prudentibus dicantur, incidemus, forte & exceptionem adferemus, quæ debitorem ex delicto juvare posset, quod tamen ex professo non agemus. Hæc de voce *Contr.* nunc de *Rescindere.*

§. 4. Hoc idem denotat quod tollere, auferre, destruere, revellere, abolere, quocunque modo id etiam fiat. Sic Cæsar. *lib.* 1. *de Bell. Gall. c.* 7. ait: Pontem qui erat ad Genevam jubet rescindi. Proprie tamen ad ea pertinet, quæ scinduntur resecanturque ferro, aut alio quovis Instrumento, sic Colum. *lib.* 2. ait: & quæ falx reliquerit prius quam inarescant vomis rescindet. Sic Virgil. *l.* 3. *Georg. v.* 452.

Non tamen ulla magis præsens fortuna laborum est,
Quam si quis ferro potuit rescindere summum
Ulceris os, alitur vitium vivitque tegendo.

Sed

Sed hæ significationes parum ad scopum nostrum faciunt. JCtis alia duplex hujus vocis occurret significatio, quæ magis nobis observanda est. Primo enim rescindi dicitur, quando quid quod antea rite cohæret contractumque est, resolvitur & abrogatur. Sic dicitur rescindi venditio *t. ff. & C. de Rescind. Vendit.* itidemque res judicata *l. 10. C. de Procurat.* Sententia seu ea quæ pronunciata *l. 27. ff. de Pœnis.* Testamentum *l. 36. de Statu liberis.* Traditio, §. 6. *I. de Action.* Usucapio, §. 5. *I. eod.* Quandoque vox ista latiorem significationem habet, & non tantum pertinet ad negotia legitime contracta, sed & ea quæ ipso Jure nulla sunt. Sic *l. 5. C. de Rescind. vendit.* dicitur rescindi venditio, quæ propter dolum nunquam rite contracta fuerat, vid. *l. 9. C. de Præd. minor. & arg. Tit. Quæ sentent. sine appellat. rescindi.* Sic dicitur rescissio Matrimonii, cum Prætor illud pro nihilo ducit, & quantum ad Jus impetrandæ possessionis extinguit, *l. 3. §. 5. ff. de Bon. Possess. contra Tabb.* Rescinditur porro aliquid vel (1.) ipso jure, *l. 5. §. 2. ff. Qui & à quibus manumissi. l. 1. C. Qui manumitt. non poss. pr. Inst. Quib. ex causis manumitt. non licet. l. 5. C. de LL.* In priori *l. 5. §. 2.* libertas per legem Æliam Sentiam rescindi dicitur. Vel (2.) Beneficio actionis Judicisque Sententia, aut etiam Officio Magistratus extraordinario, per in integr. restitutionem, cujus Vestigia passim deinde occurrent, actionesque rescissoriæ hinc proditæ. Nostro Discursui omnes hæ significationes consentaneæ, siquidem animus nobis est, non tantum in Contractuum rite celebratorum rescissionem, sed & in inutilium causas inquirere.

Vox servare varie etiam accipitur. Mittimus quæ ex Plauto, §. 5. Terentio, Cicerone, optimisque Autoribus aliis huc possent adferri. JCtis τὸ *Servare* (1.) Significat idem quod defendere, custodire; sic Servare ventrem *l. 3. ff. de Vent. inspic.* Servare res suas. *l. 7. pr. ff. Naut. caup. stabular.* §. 3. *I. de J. Person. l. 239. de V. S.* Servare dotem *l. 26. ff. ad Municip.* sic res servanda, *l. 8. C. de Bon. authorit. Jud. possid. l. 7. §. præterea. ff. de Suspect. Tutor.* Legatum Servandum, *l. 3. C. Ut in possess.* (2) Servari ab aliquo dicitur, quod ex ejus bonis redigi potest, *l. fin. ff. de Administr. Tutel. l. fin. ff. Si ventr. nomine.* hocque modo servari indemnitas dicitur, *l. 17. in fin. ff. Si servit. vind.* & pœna à socio, *l. 6. in fin. ff. Comm. div.* Servarique Testamento, *l. 26. ff.*

de Auro & arg. leg. (3.) accipitur pro recuperare, *l. si mandatu.* 13. *ff. de Fidejuss.* (4.) idem est quod excipere, *l.* 6. § 3. *C. de Bon. quæ lib. Bred. in Repert.* (5.) hoc vocabulum hominum voluntatibus, cum ultimis, quomodo dicitur servare ultimam voluntatem, Testamentum, legatum. *t. t. ff. Ut legat.* vel *fideicommiss. Servand.* & *tit. seq. text. in l.* 1. *C. de Test. Milit. l.* 7. *C. Fam. hercisc.* tum inter vivos applicatur. Veluti Contractus servari dicitur *l.* 3. *C. de Rest. in integ.* Pacta servari *l.* 1. *ff. de Pact.* Lex Contractus *l.* 24. *in fin. ff. Deposit.* fides Contractus *l.* 1. *C. de Pact. inter Empt. & Vendit.* Placita servari, *l.* 33. *C. de Transact.* Quod nihil aliud est, quam sartum tectumque tueri Contractum, eumque implere, fidem datam liberare, promissis stare, quæque ex eorum tenore præstanda sunt, recte & uti promissa sunt præstare. Hæc significatio potissimum est hujus loci, ubi dicemus quibus casibuc promissis ita non stetur, neque Contractus servetur. Explicatis verbis rem ipsam videamus.

CAP. II.

De Natura Contractuum ac Conventionum.

SUMMARIA.

1. *Contractuum origo.*
2. *Contractus, conventio, quid?*
3. *Pactionum & contractuum diversa obligatio.*
4. *Differentia contractuum nominatorum ab innominatis.*
5. *Discrimen contractuum inter se, & a quasi contractibus.*
6. *Contractus b. f. & stricti juris &c.*

§. 1. *Natura* ab omni privatione abhorrens, mortales indigentiam suam agnoscere, & cum nemo sibi ipsi sufficere posset, alios quærere socios eorumque auxiliis inniti docuit, sicque sensim appetitu Rationali ad perfectum aspirante, magna illa necessaria & magis perfecta Socie-

Societas Civilis coaluit, eo fine, ut communicata mutua ope, ac inter se distributis quibus abundabat, iterumque acceptis quibus egebat alter, singuli commodius viverent.

Ast hominum affectus insatiabiles pluraque habendi cupido, & hanc societatem facile sublatura fuissent, nisi illis modum frænumque quasi indi oportere, ad mensuram æqualitatis illæsam respiciens Ratio statuisset.

Propterea usu exigente & humanis necessitatibus, Gentes jura sibi constituere, ex iisque Contractus pene omnes introducti, §. 2. *I. de I. N.G. & Civ.* formulis determinati & ordinibus cohibiti, ne in transferendis rebus aut factis alter ab altero nimis læderetur. Quanta circa hæc, antiqua sublata simplicitate exactissime definienda, præ aliis Romani occupati præstiterint, non cavillator sed amicus Sanctissimarum legum de Contractibus occurrentium, quibus hodie utimur, agnoscet.

Multos illi promittendi, multos promissa acceptandi facultate privarunt, nec omnibus negotiis idem robur, neque eandem formam, quibusdam certam impertire voluerunt, quæ nisi accurate observata esset, inutilem redderet conventionem. Aliorum tam strictam curam rationemque non habuerunt, ex his promittentem citius, ex illis tardius reum pronunciavere. Sæpe pœnitentiæ reliquerunt locum, non nunquam dictum factum voluere. Hunc Contractum res subjecta commercio exempta inanem reddit, illum imparitas rerum permutatarum, istum alia LLatoribus probata causa. Partem Conventionum *Lex*, partem *Decretum*, partem *casus*, similisve causa, rite promissorum vinculis exemit, de quibus penitius cognoscemus, cum de Contractuum formis, generibus eorundemque Virtute Jurisconditorum exquisiverimus sententias. Veterum certe prudentum Legumlatorum hac in parte dissensus, eorumque opinio minus feliciter sæpe percepta, difficultatem non exiguam præ se fert.

Jactis tamen solidis fundamentis vadum tentabimus, pro ratione instituti paucis Contractuum naturam explicaturi, quo Exceptionum

num contra eosdem quod molimur opus tanto felicius exsurgere possit.

§. 2. Missis tot dissentientium sententiis ex rei veritate Contractus nobis definitur. *Conventio per se obligationem efficacem producens.* Genus est *conventio*, quæ duorum vel plurium in idem placitum consensus, *l. 1. §. 1. ff. de Pact.* Ubi ergo integer non deprehenditur consensus, ibi nec Contractus subsistere potest. Equidem non ignoramus, Philosophum *lib. 5. Eth. c. 7.* alios facere *Contr.* voluntarios, alios involuntarios, sed id alio sensu dictum. Negotium involuntarium Contractus appellatur, quod vel ex parte vel per consequens saltem quis consensisse videatur. Quis credat furem in supplicium propriæ consentire? quoniam tamen furari ipsi placuit, supplicii periculum non omnino displicuisse videtur, Hahn. *Observ. ad Wesenb. ad Tit. de Just. & I. n. 12.*

§. 3. Sequitur in Definit. *per se Obligationem efficacem producens.* Quamvis enim pactio, si naturam primævam ejusdem intueamur, sit causa obligationum, adeoque æquali jure has omnes censeri oportere videatur, ex quo tamen postmodo eadem ratio, vel æqualis necessitas aut utilitas omnium, de quibus paciscuntur homines, non apparuit, tacito Gentium consensu vis ac auctoritas quibusdam, ad constringendos pœnitentes aut satisfacere nolentes imposita est. Et hæ conventiones Contractus nomen sortitæ, dignæ à Juris conditoribus judicatæ, quibus obligandi virtutem non precariam sed propriam tribuerent. Sunt enim quædam convent. Jure Gentium quidem obligantes, destitutæ tamen auxilio Juris Civilis, ita ut obligationi illi jus Civile vel plane non, vel certo modo tantum assistat.

Has conventiones pacta nuda dicimus quod in nudis placiti finibus subsistant, adeoque à causa civiliter obligandi, & nomine Contractus sint plane nuda, sicque petitio ex iis institui non possit, *l. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de Pact.* neque enim visum est ex qualibet conventione protinus actiones concedere, forte quod sæpe minus deliberate, sæpe non simpliciter, sed cum reservato deliberandi jure, promissiones factæ creditæ sunt, id quatenus nostris moribus & Juribus conveniat, infra videbimus. Accepere tamen conventiones illæ nudæ posterioribus temporibus munimentum obligandique potestatem aliunde, veluti ex Lege, Constitutione &c. *l. 6. ff. de Pact. l. 1. ff. de Const. pec. l. 6. C. de Dot. promiss. l. 35. §. 5. C. de Donat. Nov. 162.* vel ex negotio

tio etiam cui adjectæ. Illa pacta Legitima, hæc adjecta dicta, utraque actionem, illa condictionem ex Lege cui obligandi virtutem acceptam ferunt, *t. t. ff. & C. de Condict. ex leg.* hæc ex contractu actionem producunt. De hujus enim causa, cujus quasi pars facta sunt, merito participant, *l. 7. §. 5. ff. de Pact. l. 13. C. eod. l. 31. §. fin. de Ædilit. Edict. l. 69. ff. Pro socio. l. 79. ff. de Contrah. Empt. Vend. l. 4. ff. de Leg. Commiss. l. 6. ff. de In diem addict.* Ipse præterea usus Romanis discrimen inter ipsos Contractus facere ansam dedit, quorum quosdam certos & nominatos, quosdam incertos & innominatos constituere. §. 4. *l. 1. 2. & 3. ff. de Præscr. verb. l. 1. §. 2. ff. de Rerum. permut. l. ex uno. 18. pr. ff. de Acceptilat. l. 7. §. 1. & 2. ff. de Pact.* Illi non à nomine, re accidentali & externa, alias enim permutatio, hypothec &c. idem mererentur, sed natura, formula ac accepta vi singulari, ex nomine etiam intellecta, appellati sunt. Hi adminiculis talibus destituti, generali Contractus nomine, ast sub longe diversa conditione relicti sunt, vid. Grot. *lib. 2. de I. B. & P. c. 12. n. 3.* Genera autem ejusmodi innominatorum quatuor referuntur, Do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias *l. 3. l. 5 de Præscr. verb.* Quorum ultimum à Grotio sine causa omissum. Sic igitur in Contr. innominatis, promissis non necessario standum, nisi quid datum factumve sit, sed pœnitere, imo revocare data, quamdiu accipiens sua nondum explevit promissa, licet, quem in finem comparata est actio quæ vocatur Condictio causa data, causa non secuta, & *t. t. C. de Condict. ob causam datorum.* Superest & in Nominatis Contr. differentia. Quidam enim §. 5. eorum præter consensum ad formam suam nihil requirunt, quidam insuper desiderant literas, alii concepta verba, alii rei traditionem, ab eaque forma sua dicuntur Reales, ut Mutuum, commodatum, depositum, pignus, *t. t. Inst. Quib. mod. re. Contr. Oblig.* Alii verbales, ut stipulatio, *t. t. Inst. de Verb. Oblig.* alii literales, *t. t. Inst. de Liter. oblig.* alii consensuales, ut Empt. Vend. Locat. Conduct. Societ. Mandatum, *t. t. Instit. de Obligat. quæ ex consensu.* Nonnullis negotiis Romani vim obligandi tanquam ex vero Contr. vel conventione dederunt, quamvis (utpote mutuo consensu deficiente) Contractus reipsa non sint. Hos quasi Contr. dicunt. *t. t. Inst. de Oblig. quæ quas. ex Contr.* quia imitantur veros, & quod de his statuitur, in quasi Contr. procedere debet, *arg. l. 7. C. De his quæ vi metusve causa. l. 1. §.*

omnes. 4 *l.* 36. §. *ult. ff. de Jud.* Tiraquell. *in Tract. de legibus connub. Gloss.* 5. *n.* 127. Everh. *in Top. legal.* in loco *à Contract. ad quasi Contr.*

§.6. Ubi limitationem subjicit. Omnia hæc negotia Leges Romanæ rursum in duo genera divisere, scil. in bonæ fidei & stricti juris. *l.* 22. *ff. de Donat. l.* 32. §. *in bona fid. ff. de Usur. l.* 3. *Quib. ex caus. major. in integ.* In illis promissorem plenius obligari, ad præstationes ex bono & æquo, etiam ultra id de quo in ipsa conventione expresse & nominatim fuit actum, §. *conductor autem.* 5. *Inst. de Locat. & conduct. l. quia.* 7. *ff. de Negot. gest.* In his autem conventioni stricte insisti, & ultra nominatim seu diserte expressa, nil præstari voluere *d. l.* 7. *l.* 126. §. *Chrysogonus. ff. de Verb. oblig.* §. 28. *Inst. de Act.* Ex aliis etiam negotiis Quirites perpetuas, ex aliis temporales tantum actiones dedere, prout hoc vel illud negotium odiosius aut favorabilius existimatum est, *t. t. Inst. de Perpet. & temporal. act.* Quæ Juris Civilis partim commenta jus naturale ignorat. Grotius *d. loco.* Fusius rem prosequi præter institutum cernentes, hæc sufficere nostro scopo censemus. Explicant enim satis, Conventiones ex ipso Jure gentium descendere, eique jus civile assistere. Hæc causam remotam, proximam contrahentes faciunt, Materia constat ex rebus & factis, Forma conventionum specifica pro varietate specierum varia est. Finem diximus, ut acquisitione indigentia cujusque expleatur, Effecta & adjuncta diversa esse possunt. Hæ nobis erunt statuæ Mercuriales, ad quas in declarandis Contractuum infirmitatibus semper respiciendum, singulas autem inferius locis commodis intuebimur.

CAPUT III.

De Remota Conventionum causa, & vitiis occasione illius nascentibus, ubi de generalissima Exceptione; de pacto contra Leges, bonos mores: quotupliciter pactum dicatur contra Leges.

§. 1. ITaque remota conventionum causa est Jus ipsum, tum Gentium tum Civile. Hisce contractuum auctoritas accepta ferenda est. Et quæ

quæ pacta huic causæ non sunt consentanea, illa sane nullam etiam autoritatem merentur. Hinc

Titio à Sempronio petente decem, quæ is promisit contra dictam causam, Sempronius recte excipit: Pactum ex quo reus agor contra jus & Leges vel contra bonos mores est. Ideo servare id non teneor.

Hanc Exceptionem Generalem confirmat Prætor disertis hisce verbis: *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, SCta, Edicta Principum, neque quo fraus eorum fiat, facta erunt, servabo. l. 7. §. 7. ff. de Pact.* Nec minus eandem exceptionem exponit Ulpianus ad hunc modum: Et *generaliter, quoties pactum à Jure Communi remotum est, servari hoc non oportet, nec legari, nec jusjurandum de hoc adactum ne quis agat, servandum est,* Marcellus *lib. 2. ff.* scribit. Et *si stipulatio sit interposita de his pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnino rescindenda, d. l. 7. §. 16. ff. de Pact.* Cum his congruunt Textus in *l. Nec ex Prætorio. 27. de R. J. l. pacta. 6. C. de Pact. L. non dubium. 5. C. de LL. & passim.* Sed hic observandum, Pactum contra Leges dupliciter accipi (1) Pro eo quod specialiter ac nominatim Legibus prohibitum est, cujus generis sunt pacta Mercatorum, *l. 1. C. de Monopol.* pactum de patrocinio hominibus rusticanis præstando, *l. 1. C. ut nemo ad suum patrocin.* & similia. Ita accepto pacto contra Leges, supradicta exceptio adeo generalis est, ut etiam omnes inferius recensendas species contineat, alias pactum contra Leges factum dicitur, quando quidem non ipsum pactum, sed res in illud deducta Legibus nominatim prohibita est, veluti furtum, rapina, homicidium.

Hæ enim res per se specialiter Legibus prohibentur. Frustra ergo paciscimur, ut furtum, rapina, homicidium fiat, siquidem Leges hæc vetant. Idem obtinet quando Lex aliquid jubet, quod ne fiat, frustra paciscimur. Sic Lex jubet in omni Contractu præstari dolum, qui ut non præstetur frustra convenimus, *l. 23. ff. de Reg. Jur.*

Jur. Quæ tamen exceptio fallit, si pactum adversus Leges factum ad rem privatam tantum & familiarem, non ad publicam læsionem spectet, *l. 7. §. si paciscar. ff. de Pact. l. 38. l. 46. 49. ff. eod. Tit.* Nos quoniam de his infra specialiter dicturi sumus, hæc pluribus non persequimur. Vid. Vigel. *Method. Jur. Civ. part. 5. lib. 15. cap. 15. Except. 27.* Cæterum quæ de pacto contra Leges dicuntur, illa etiam maxime pertinent ad pacta contra bonos mores facta. Quæ hisce inducta dicuntur, plerumque ad jus gentium referenda, *l. 8. ff. de his qui sui vel al. jur. L. Libertinus. 8. ff. de Rit. nupt.* Et boni mores conjunguntur cum Legibus ac Constitutionibus ab Imperatore Antonino, *l. 6. C. de Pact. Pacta quæ contra Leges Constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.* Bonorum morum habetur ratio, *l. 4. C. de Inutil. stipulationib. l. 1. §. 7. ff. Depos. l. 14. §. 1. ff. Solut. matr. l. 15. ff. de Condit. Institut. C. 58. de R. I. in 6.* Quod usque adeo verum est, ut privatus etiam suis commodis renunciare nequeat, si pactum illud tendat contra bonos mores. Exempla suppeditant Leges adductæ. Confer. Vigel. *d. cap. 15. Except. 18.*

Ulpiani superius audita sententia, de jurejurando contra Leges acto non servando, probatur Imperatoribus etiam in *l. 5. in fin. C. de LL.* At graviter obstat *Authentica Sacramenta puberum. C. Si adversus vendit.* quam Richterus intricatissimam totius Codicis dicit. Hic solet distingui inter Contractum invalidum, eumque triplicem esse dicit (1) qui bonis moribus adversus (2) qui ob publicam utilitatem prohibitus, & hunc ne quidem jurejurando confirmari, *juxta l. 5. C. de LL. & l. 7. §. 16. ff. de Pact.* (3) qui invalidus est ob omissam solennitatem, & de eo intelligendam *Authent. Sacram. pub.* Brunnemannus *ad dict. Auth.* ibique Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 11. Th. 9. lit. C.* Carpz. *part. 2. constit. 11. definit. ult.* eamque communem esse sententiam testatur Castrensis, Donellus, Barbosa ibidem. Wissenb. *ad Tit. ff. de Minor.* contrarietatem implacabilem statuens, aliud putat voluisse Imperatorem Fridericum, aliud Alexandrum. Grœnweg. *ad dict. Authent.* ait: Imperatorem Henricum VII. constituisse Authenticam illam abrogare, quod autem ille morte præventus non fecit, illud postea consuetudine receptum esse; sane Jure Cano-

nico

igitized by

nico omne juramentum servandum est, quod absque dispendio animæ servari potest. *cap. cum contingat, extra. de Jurejur.*

CAPUT IV.

De Conventionum causa Efficiente proxima. De ipsis contrahentibus, & quomodo ratione illorum inutiles fiant Contractus.

SUMMARIA.

1. *Ad actus validitatem requiritur in agente facultas & voluntas.*
2. *De pupillo.*
3. *De minore.*
4. *De prodigo.*
5. *De mutuo dato filiofamilias.*
6. *De servis, deportatis, monachis.*
7. *De mulieris intercessione.*
8. *De administratoribus civitatum.*

Quemadmodum promissorum & Conventionum naturam liberam, nec iniquitati expositam esse recta ratio decernit, ita neque Juris Gentium simplicitati, neque Juris Civilis curiositati consentaneum est, ut quisque à se promissa solvere cogatur, aut alter quævis eorum exigere possit. Accurate enim observatum est Philosophis, ad validitatem actus in agente duo adesse debere, *Facultatem & Voluntatem*, quamprimum horum unum deficit, actio invalida, magisque adhuc si utrumque. Ad eundem modum Conventio subsistere nequit, nisi in contrahentibus & facultas promittendi, acceptandique voluntas libera sint. Hoc suppositum Principium multis contra conventiones adinveniendis Exceptionibus ansam dabit, quippe quod deficientibus in eo contentis duobus requisitis frustranea est promissio. Singula quomodo contra Contr. opponi possint illo ordine visuri, prius illas personas contemplabimur, quibus promissione se obstringendi facultas negata est. §. 1.

Titio petente decem à Sempronio promissa, Sempronius recte excipit: pupillus sui, & absque Tutoris mihi authoritate promisi, ideo solvere non cogor.

§. 2. *Pupillorum* judicium per teneram illorum ætatem aliquando adhuc imperfectum, actiones minus rationi convenientes demonstrant. Hinc *l.* 189. *de R. I.* nec velle nec nolle illos posse dicitur, imo quoad actum seu substantiam rei comparari furiosis, per *l.* 5. *eod.* & expressius adhuc per *l.* 60. *de R. V. l.* 12. *ff. ad L. Cornel. de sicariis* satis patet. Obligari tamen nunquam posse, ex ratione & argumentis tot Legum quæ in J. Civ. extant, dicere absurdum esset. Jus itaque nostrum de hac pupillari obligatione difficilem ubique reliquit explicationem, propter discrepantes ea de re Leges plurimas, existimante Harprecht. *ad Tit. Inst. de Auth. Tut. pr. n.* 8. magisque dissentientes interpretes. Nobis omnino distinguendum videtur inter pupillum qui aliquem intellectum habet, infantiamque egressus; & infantem, cujus intellectus seu sensus nullus est. *l.* 32. §. 2. *ff. de Injur.* quia quod videt non intelligit *l.* 1. *C. de Fals. moneta.* Deinde inter obligationem naturalem & Civilem, actionem etiam dativam & nativam. Posthæc eventus ipse inspiciendus, qui arguit, utrum pupillus locupletior factus sit nec ne, aut anne dolo sit usus, de quo *l.* 1. §. *an in pupil. ff. Depos. It. l.* 13. §. 1. *ff. de Dolo malo.* Sane certi juris est, pupillum sine Tutoris authoritate obligari non posse, *l.* 9. *ff. de Inst. act. princ. Inst. de Authorit. Tut. l.* 5. *Pr. ff. eod.* *Civiliter* scilicet, adeo ut non quæratur, sit ne locupletior factus, an non. Ast naturalis Juris ratio simplex, quæ consensum desiderat, non distinguit inter annos, aut ætates Juri Civili quidem accuratissime observatas, sed pupillum non infantem (quippe hunc consentire posse non præsumitur, §. 6. & 10. *Inst. de Inut. stipulat. l.* 10. *ff. de Sponsal.*) sed qui per ætatem consentire valet, utique naturaliter, non minus quam quemvis alium hominem obligari vult, sive locupletior factus sit, sive non, *l.* 21. *ff. ad L. Falc. l.* 64. *ff. ad SCt. Treb. l.* 43 *ff. de Obl. & Act. l.* 44. *ff. de Solut.* Hæc est sententia Accursii, Bart. Costal. *in l. quod pupillus. ff. de Cond. indeb.* Robert.

Robert. 2. *Recept. Sent.* 117. Ex hac tamen naturali obligatione, (quæ ut Dn. Hahn. judicat, effective non obstringit, *l.* 59. *de O. & A.*) actio Civilis non datur, (quia ex naturali obligatione ipsa actio nasci nequit, *l.* 7. §. *ff. de Pact.*) nec pupillus conveniri potest nisi locupletior factus, tunc enim actio dativa ex rescripto D. Pii *l.* 3. & 5. *ff. Commod.* contra ipsum obtinet. Hæc tamen non obstant, quo minus naturalis ista obligatio (uti omnis in universum hujus generis,) effectus alios habeat, novari, fidejussores & pignora admittere possit. Sicque pupillo non facto locupletiore, fidejussoribus damnum oritur, non pupillis, § 3. *Inst. quib. mod. toll. oblig. l.* 127. *ff. de V. O.* Aliter Baro *in materia de Cond. indeb.* Aliter Duaren. *c. I. de O. & A.* Aliter Corasius 6. *Miscell.* 12. Aliter graviter dissentientes alii.

Titio petente decem promissa, Sempronius recte excipit: Minor fui, nec cum consensu Curatoris mei promisi, ideo solvere non teneor.

De Obligatione *Minorum* quorum ætatis consilium nullis captionibus & insidiis suppositum, *l.* 1. *pr. ff. de Minor.* 25. *annis*, non una omnium est sententia. Obligari eos posse sine consensu etiam ac autoritate Curatorum, tradunt Vult. *Disc. Schol. c.* 16. Cujac. 19 *Observat.* 33. Moller. 3. *Semest.* 18. Bronchorst. 1. *Antinom.* 33. Giphan. *in l.* 101. *de V. O.* Hillig. *ad Don.* 12 *c.* 22. *Tit.* 9. Wiss. *ad Inst. Disp.* 8 *th.* 2. Dissentiunt Duarenus, Donell. *in l.* 101. *ff. de V. O.* Rob. 1. *Animadv.* 12, Gœdd. *de Contrah stipulat. c.* 7. *n.* 263. & *seqq.* Struv. *in Syntag. ff. de Pact. th.* 40. quorum sententiam communiorem legibusque convenientiorem asserit Sutholt. *Dissert.* 3. *Aph.* 40. Textus enim *l.* 3. *C. de Restit. in integ.* manifeste ita distinguit. Vel minor habet Curatorem, & si absque ejus consensu quidquam gesserit, nihil videtur fecisse, cum idem sit ac si à prodigo aliquid actum esset, propterea nec obligatur, nec contractum servari oportet. Vel sine Curatore constitutus, tumque obligatur quidem, sed salva restitutione in integ. Ex hisce quæ confirmantur per *l.* 13. *pr. ff. de Excus. Tut. l.* 6. *ff. de Curat. furios. l.* 6. *de V. O. l.* 43. *ff. de Obligat.* liquet, minores quon- §. 3.

dam

dam suo remigio commissos, nec invitis illis Curatores præfectos esse, præterquam ad litem, §. 2. *Inst. de Curat.* & quod magis, solos sibi Curatores petere potuisse, *l.* 2 §. *ult. ff. Qui pet. tut.* Diversum obtinuit D. Marci tempore, *l.* 1. *in fin. ff. de Minor.* Quod jus antiquissimum hodie in usum revocatum est. Statuta Patria Hamburgensium & à Jure Civili & ab usu communi hoc in capite divertunt. *Parte* enim 3. *artic.* 6. §. 21. *hæc constituta:* Alle Vormünder so ohnmündigen Kindern gesetzt oder verordnet, die bleiben in Verwaltung solcher Vormundschafft, biß die Pflegkinder ihr mündig Alter, das ist die Knaben vierzehen Jahr, die Mägdlein 12. Jahr völlig erlanget haben, und nach Ausgang dieser Zeit sollen die Vormünder derselben ihrer Pflegkinder Curatores oder Versorger seyn, biß die Knaben 18. Jahr ihres Alters erreichet haben. Cæterum cum Curator rebus non personæ detur, *arg.* §. 2. *I. de Curat.* ideo etiam minor sine Curatoris consensu nuptias inire potest, *l.* 20. *ff. de Rit. Nupt. l. in copulandis.* 8. *C. eod.* Quod tamen multorum locorum non usu servatur. Grœnw. *ad d. l.* 8.

Sic etiam

Titio petente 10. promissa, Sempronius recte excipit: tempore quo promisi, prodigus declaratus fui, ideo ad solutionem adigi nequeo.

§. 4. *Prodigi*, vitio ἀσωτίας (juxta Aristot.) laborantes, qui neque modum nec finem expensarum habent, *l.* 1. *de Curat. furios.* non sine causa furiosis in Jure nostro comparantur, quia quamvis in sermonibus videantur mentis compotes, in factis tamen sunt impotes, *l.* 12. *ff. de Tut. & Curat. dat.* Et proin ne naturaliter quidem obligantur, *l.* 1. §. 12. *ff. de Obligat. & Action.* ob defectum scilicet voluntatis & virium animi, quia non magis velle ac furiosi possunt, *l.* 40. *de R. J.* Olim quis ipso jure fiebat prodigus, *l.* 18. *ff. Qui Testam. fac. poss. l* 5. §. 1. *ff. de Acquir. hæredit. juncta l.* 1. & 10. *ff. de Curat. furios.* Hodie Decreto Magistratus bonis alicui interdicentis prodigus quis existit, *l.* 1. 6. 16. *ff. de Cur. fur. l.* 22. *de Tut. & Curat.*

Digitized by Google

Curat. dat. l. 3. C. de Restit. in integ. l. 40. ff. de R. I. 15. de V. O. Talis autem prodigus nec alienare nec solvere, nec alienanti consentire, nec in universum se aliis obligatum absque Curatoris authoritate reddere potest, *l. 1. 10. ff. de Curat. furios. l. 29. ff. de Condict. indeb. l. 6. ff. de V. O. l. 40. de R. I. l. 70. §. 4. ff. de Fidejuss.* Aliquando tamen obligatur prodigus, *l. 20. §. 4. de Fidejuss. l. 46. de O. & A. l. 3. de Novat.*

Titio petente decem ex Mutuo, Sempronius recte excipit: mihi filiofamilias Mutuum dedisti, ideo Lex me cum effectu conveniri ex promissis non sinit.

Filiusfam. in omnibus causis regulariter quidem tanquam Paterfam. obligatur, & in solidum conveniri potest. *l. 39. de O. & A. l. 57. de Judic. l. 44. de Pecul.* Quin & vivente Patre, licet executio actionis, quamdiu in potestate est, cum nihil habeat in bonis, differatur, *Gloss. in l. penult. Qui bonis ced. poss.* & ex bonis Paternis solutio fieri non debeat, sed ut vel ex castrensibus filiusfamilias solvat, vel si non habeat in ære, luat in corpore, necessum sit. Adeoque etiam ex Mutuo obligatur, sed SCtum Macedonianum in odium fœneratorem factum actionem petitionemque ex Mutuo plane denegavit, *t. t. ff. ad SCt. Maced.* Duar. *cap.* 1. Hotom. *in Epit.* 16. Anton. Math. *Coll. de Fund. Jur. Disp.* 19. *Thes.* 27. Excipitur etiam à *d. l.* 39. Votum in causa publica, ex quo filiusfam. etiam obligari nequit, *l. 2. §. 1. ff. de Pollicitat.* Unde Servius in illud Virgilii, *Æneid.* 11. 558. §. 5.

Ipse Pater voveo famulam ——

Bene Pater, inquit, quia vovendi Potestatem non nisi Patres habent.

Cæterum Abbas Panormitanus *cap. quia plerique. de Immunit. Eccles.* hodie inter Christianos non esse locum SCto Macedon. putat,

ratione cumprimis deficiente, cum hujus Religionis filiusfamilias non credatur insidias vitæ Paternæ moliri, quod recte improbat Gomes. 2. *Resol*. 6. *n*. 2. *&* c. 15. *n*. 10. Plura de Obligatione filiifamil. videre licet apud Zangerum *Tract. de Except. p*. 3. *c*. 11. Eman. Suarez. *in Thes. Recep. Sent.* in verbo *filiusfam.* Asian. Clem. *de Patr. potest.* c. 5. *eff*. 5. *n*. 2. Hæc de Civili Obligatione; cæterum quia consensus hic non deficit, de naturali Jure adhuc obstringi minores certum est, & ex ipsis Juris Romani rationibus demonstrari facile posset, nisi id à scopo diversum esset.

Pari modo

Titio petente decem promissa, Sempronius jure excipit: servus fui cum promisi, aut à tempore Contractus ex libero servus factus sum.

§. 6. Etsi *Servi* naturaliter obligent & obligentur, *l*. 14. *&* 41. *ff. de Pec. l*. 13. *ff. de Condict. indeb.* etiam ipsi Domino suo *l*. 5. §. *ult. l*. 9. §. 1. *ff. de Pecul.* nam quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt, *l*. 32. *de R. I.* Civiliter tamen ex sua persona servus nec obligat nec obligatur, *l* 21. §. 1. *ff. de Pact. l*. 6. *C. de Jud.* Nempe cum jus Civile in servum non cadat, *l*. 86. *ff. de V. S.* nullam juris communionem habeat, *l*. 7. *ff. ad L. Cornel. de falsis*, & pro nullo, quodque Jus Civile attinet pro mortuo habeatur, *l*. 22. *It*. 32. *l*. 209. *de R. I. l*. 59. *de Condit. & demon.* sequitur exinde, servum cum is promisit dum servus esset, non magis, quam mortuum conveniri, nec manumissum teneri posse, *l*. 17. *ff. de Negot. gest. t. t. C. An servus pro suo fact.* Nec magis conveniri potest, si liber contraxerit, & postea servus factus sit, cum ipso enim mori obligatio videtur, adeo ut ne restitutione quidem redeat, *l*. 30. *ff. de de Obl. & Act.* Adde Dn. Struv. *ad Tit. ff. de Pact. th*. 41. Deportatus (ut hoc obiter addam,) non fit servus, & retinet omnia quæ sunt Juris Gentium. Emit enim, vendit, locat &c. *l*. 17. *ff. de Pœn. l*. 6. 14. *&* 15. *ff. de Interd. & releg.* Quid de Monachis? nam & illi dicuntur mortui Mundo, *c*. 2. *extra de Postul.* Pa-

normi-

normitan. *in cap. Clerici extra. de Vita & honestate Cler.* hoc fallere dicit, quoad actus naturales, siquidem edant, bibant. Et addit Pet. de Anch. *relatus in Not. ad Guid. Pap. Decis.* 117. quod Monachi licet mortui Mundo videantur, tamen imprægnent, & quandoque Commatres. Sed quid de aliis negotiis Civilibus? Certe sine consensu superioris nec velle nec nolle habent. Can. Monachi. *causa* 16. *q.* 1. Anton. Faber. *lib.* 1. *Tit.* 3. *Definit.* 33.

Sic etiam

Titio petente 10. per intercessionem promissa, Sempronia recte excipit: Mulier sum, quam ex intercessione sua efficaciter obligari, SCtum non permittit.

In multis Juris nostri articulis deteriorem esse conditionem fœminarum quam masculorum, *l.* 9. *ff. de Statu hom.* apertissime, & *l.* 2. *ff. de R. I.* adductis exemplis demonstrant. Quæ ita in l. illa ultima statuta esse, non muliebris sexus levitas, qua alioquin de causa Joseph. *lib.* 4. *antiqu. c.* 5. *Lege* Mosaica testimonium Mulierum rejectum putat, quod & Plato sanxit *lib.* 1. *de LL. c.* 1. sed honestatis ratio, verecundia & stolæ matronalis decus effecit, Godof. *ad d l.* 2. Contra, imperfectum judicium ab Aristot. mancum dictum, & consilium fœminarum, quod plerumque adversus propria commoda laborat (ut ajunt Impp. *l.* 4. *C. de Sponsal.*) æquiorem in multis earum conditionem quam masculorum reddidit. Cum enim fragiles, infirmæ & imbecilles sint, *l.* 2. §. 2. *ff. ad SCtum Vellej. l si Mulier.* 22. *C. eod. l.* 1. §. *pen. C. de Rei uxor. act. l. ult. C. de Donat. ante nupt. l.* 3. *C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *annorum l.* 12. *C. Qui pot. in pign. l.* 1. *C. Quando mulier Tut. Off. fung.* & passim, propterreaque facile damnum in re familiari pati possint, *l.* 2. §. 1. *&* 2. *ad SCtum Vellej.* imprimis per varios intercessionum casus; hinc primum D. Augusti, mox Claudii Edictis prohibitum est, ne fœminæ pro viris suis intercederent, ad quod amor maritorum ipsas facilius alliciebat, postea id eo extentum §. 7.

 est,

est, ut pro nullo omnino efficaciter intercedere possent, *l.* 1. *&* 2. *& t.t. ff. & C. ad SCt. Vellej.* Quodsi intercedat Mulier, obligatur quidem, ast obligatio inanis & inefficax totaque à Senatu improbata, *l.* 2. *pr. & §. ult. l.* 4. *§.* 1. *l.* 8. *§.* 9. *& §.* 10. *l.* 16. *§.* 1. *ff. ad SCt. Vellej. l. quamvis.* 9. *c. eod.* Duobus tamen casibus obligatio est ipso jure nulla, (1.) Si Mulier aliter quam Instrumento publico intercedat, *l.* 23. *C. ad SCt. Vellej.* ibique Baldus, Azo & Accurs. (2.) Si pro Marito intercedat, quo casu intercessio etiam sæpius repetita inutilis est, *Nov.* 134. *c.* 8. *Authent. si qua, C. ad SCt. Vellej.* Vinn. *lib.* 1. *Select. qu.* 48. Dissent. Hotomann, *in Epit. ad SCt. Vellej. n.* 6. Mulierem ne naturaliter quidem obligari putans; Molinæus & alii contrarium ex ratione consensus & *arg. l.* 40. *ff. de cond. indeb.* asserunt. Cætera huc pertinentia apud Interpretes *Tit. de SCto Vellej.* & passim obvia sunt.

Titio petente decem mutuo data à Civitate Antiochiensi, Civitas recte excipit: Administratores Mutuum acceperunt, nec Titius probat, pecuniam in utilitatem Civitatis conversam esse, ideo Civitas exinde non tenetur.

§. 8. Tota hæc exceptio fundatur in *l. civitas.* 27. *ff. de reb. cred.* hisce Ulpiani verbis: *Civitas Mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt, alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Textus sane decantatissimus in foro est, meretnrque ut accuratius expendatur. Nobis nunc curiosis esse non licet, sed vim singulorum verborum indeque petitam decisionem variarum quæstionum Practicarum tantum notare permissum. Dicit JCtus, *civitas.* Vocabulum hoc latius hic accipitur, ita ut comprehendat, non solum Urbes muro, fossa, vallove cinctas, sed & Universitates alias, ut villas, Hartm. Pistor. *c.* 1. *q.* 37. *n.* 26. Gœdd. *tr. de contr. stip. c.* 2. *cond.* 10. *n.* 242. & Collegia Opificum, Gratian. *Disc. forens.* 196. *n.* 2. Struv. *in Synt. ff. de reb. cred. th.* 20. Dissent. Zas. *in d. l.* 27. & Ecclesias Struv. *d. l. per N.* 120. *c.* 6. Covarr. 2. *Var. Res.* 17. *n.* 3. Mantica *de Tac. & ambig. Convent. l.* 8. *t.* 12. Pergit JCtus: *Mutui datione.* Hinc videmus

mus ſpeciale illud in Mutuo, quod cæteris negotiis ex quibus obligatio oriri poteſt, non convenit. Quapropter ſi adminiſtratores Civitatum quid Civitatibus coemerint, nec pretium ſolverint, Civitates exinde obligatæ ſunt, etſi non probatum ſit, emptionem illam in utilitatem Civitatum converſam eſſe, Heig. *P.* 1. *q.* 34. *n.* 8. Carpz. 20. 2. *c.* 5. *d. c.* 5. Struv. *d. th.* 23. Ubi hoc ita limitat, ut ad Mutuum quoque referantur ii Contractus, in quibus par ratio militat, veluti Emtio annuorum redituum, depoſitum & fidejuſſio nomine Civitatis facta.

Ait JCtus, *Obligari poteſt*,) Scilicet naturaliter & Civiliter, ita ut etiam ex illa Obigatione efficaciter conveniri; & executio in bona communia vel publica Civitatis fieri poſſit. Carpz. *lib.* 2. *Reſp. Elect.* 106. *pr.*

Ait JCtus, *ſi ad utilitatem ejus.*) In utilitatem hic dicitur verſum, quod alibi in rem verſum: Eſt autem in rem vel utilitatem verſum, quod utiliter vel neceſſario impenſum, §. 4. *Inſt. Quod cum eo qui in aliena poteſt. l.* 3. §. 1. *& ſeqq. ff. de in rem verſ.* vel etiam quod in eum finem comparatum eſt, ut verteretur, licet caſu utilitas interverſa ſit, *l.* 3. §. 7. *&* 8. *l.* 17. *pr. ff. de in rem verſ.*

Quæritur hic, quis debeat probare, pecuniam in utilitatem Civitatis verſam eſſe, an Creditor? Concors Interpretum ſententia eſt, Creditori hoc onus incumbere. Ratio clara eſt. Cum enim Creditor conveniat alium quam cum quo contraxit, facile poſſet hac Exceptione repelli, quod ſcilicet eum debeat convenire cum quo negotium geſſit, ad quam Exceptionem evitandam Creditor ſeſe fundat in eo, quod perſona iſta mutuum illud vi adminiſtrationis ſuæ non ſibi ſed Civitati, cujus adminiſtrationem habuit, acceperit. Idemque cum præſumi nequeat, ſiquidem Adminiſtrator ad ſuum uſum quoque pecuniam illam mutuare potuiſſet, neceſſum eſt probari à petitore tanquam fundamentum ſuæ petitionis. Carpz. *in Aſyl. debitor, Adm.* 6. *th.* 46. *fol.* 1129. *& in Reſp. Elect. l.* 2. *Reſp.* 106. *n.* 36.

Q. An ſufficiens probatio, & Creditor ab ulteriori probatione

 libe-

liberatus sit, si Instrumentum Obligationis publico Civitatis sigillo munitum expresse contineat, pecuniam in rem Civitatis versam esse? Vel etiam;

Si in eodem renunciatum sit huic Exceptioni, quod versio non sit facta? Negatur. Carpzov. *dictis loc. ibique* Köppen *Decis.* 6. *n.* 7. Coler. *de Process. Exec. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 351. Hartm. Pist. *d. q.* 37. *n.* 3. Nec mirum. Eadem enim facilitate confiteri possent Administratores, pecuniam in rem Civitatis versam esse, vel huic exceptioni renunciare; quam pecuniam accipere, Instrumentum conficere, & Mutuum confiteri. Sed quænam tandem erit sufficiens probatio?

Ad Testes Instrumentave adstringere Creditorem durum esset. Sufficiet itaque probatio conjecturis & argumentis verisimilibus facta. Menoch. *lib.* 3. *Præs.* 55. *n.* 4. Mascard. *de Probat. conclusione* 1161. *n.* 1. Carpz. *in Asyl. d. l.* Et ut facilior fiat probatio, injungendum est Senatoribus & Administratoribus, ut Creditori libros suarum rationum exhibeant, ac versionis probationes suggerant. Bart. *in d. l. Civitas. n.* 10. Hartm. Pistor. *d. q.* 37. *n.* 41. *&* 42. Carpz. *d. l. & in Resp. Elect. lib.* 2. *Resp.* 107. *per tot.*

Quid? Annon Actor Instrumenta de domo sua adferre debet? *l.* 2. *&* 4. *C. de Edend.* Speciale hoc videtur, tum, quod vix aliter Justitia obtineri possit, si quidem Creditores scire nequeunt, quos in usus pecunia convertatur, tum, quod Creditores Instrumentum pro se habent. Sequuntur hæc verba: *aliqui ipsi soli, qui contraxerunt*, ideoque etsi Creditor probare non possit, Mutuum in utilitatem Civitatis conversum esse, nec dum tamen actum est de pecunia credita, quam ab Administratoribus petere potest. *d. l.* 27. ibique Bart. *&* DD. *comm.* Rationem adfert Carpz. *in Asylo d. l.* hanc, quod Creditor cum Administratoribus negotium gessit, eorumque fidem quam in pecunia expendenda præstare sunt obstricti, secutus videtur, *arg. l. eum qui.* 13. *C. Si certum pet.* Et cum in usus Civitatis pecunia collocata non videatur, necesse est in usus Administratorum proprios versam esse. Sed quid si Administratores protestati sint, se nolle teneri ex Contractu hoc Civitatis causa inito? Nihilo-minus tenentur etiam deposito officio, Carpz. *in Asyl. d. l. n.* 245. *& seqq. ibi* Bart. Jason. & alii, *& in Resp. Elect. d. l.* 2. *Resp.* 108. *per tot.*

Q. An-

Quæritur, an si plures Administratores sint, singuli teneantur in solidum? Affirm. *l.* 1. *ibique* Cujac. *C. Quo quisque Ord.* Struv. *d. l. th.* 22. integro tamen adhuc divisionis beneficio *l.* 11. *ff. ad municip.* Escobar. *de rat. c.* 4. *n.* 12.

Q. Annon Creditor, ad evitanda ambigua litium fata & anfractus, uno eodemque libello adversus Civitatem & Administratores simul, alternativè experiri possit? Affirmat id pluribus confirmans Carpz. *in Asyl. d. l. & d. l.* 2. *Resp.* 109. *per tot.*

Quod tamen Jure Civili Theorico nescio an satis conveniat, per *l.* 6. *ff. de Except. rei jud.*

Ait JCtus: *non Civitas tenebuntur.* Scilicet in proposito casu, ubi Administratores contraxerunt, non in eo, quo ipsa Civitas contraxit. Hunc intellectum suggerit ratio antedicta, & verba *qui contraxerunt.* Zas. h. Cum ergo ipsa Civitas mutuum accepit, non opus est probari, pecuniam versam esse in rem ejus. Nec administratores conveniri poterunt. Operæ autem pretium est quærere, quando Civitas ipsa contraxisse censeatur? Resp. (1.) Si omnes Cives campanæ pulsu vel alio modo convocati fuerint, (etsi quidam non comparuerint & mutuum contraxerint. Coler. *de Process. ex. p.* 2. *c.* 3. *n.* 337. aut actorem ad contrahendum constituerint. Mantica *de Tac. & ambig. convent. l.* 8. *tit.* 13. *n.* 1. aut mutuum ab administratoribus celebratum ratum habuerint, Bald. *in d. l. Civitas.* Dissent. Trentacinq. 1. *Variar. Resolut. quod cujusque Univers.* 1. *n.* 15.) (2.) Si illi mutuum acceperint, penes quos est τὸ πολίτευμα sive Regimen, quod pro diversa forma Civitatis diversum, nonnunquam Senatoribus, nonnunquam Tribunis plebis, nonnunquam ipsi plebi commissum est. Coler. *d. l.* Struv. *d. l.* Illud obiter hic notandum, quod multi putent, dispositionem *l. Civitas.* non convenire nostris moribus, unde & sæpe pro Creditoribus in Curia Provinciali Lipsiensi, & quidem in causa Andreas Böhmers Erben contra den Rath zu Leipzig 1627. & in causa Bernhard Lochmanns contra den Rath zu Leipzig 1631. pronunciatum est. Nec desunt rationes, quas tamen refutat Carpz. *d. l.* 2. *Resp.* 106. ubi etiam sententias illas in supremo Appellationis Judicio reformatas ait.

Sic

Sic itaque videmus, quod quamprimum deficit in promittente facultas, protinus inde valida nascatur exceptio, cujus illustrationem exemplis ulterius fieri tempus impræsentiarum non permittit. Exempli gratia. Si Titius te rogat, compromissum suscipias quod molestum tibi est, examina imprimis, an compromittendi facultas tibi fuerit, considera Titulum de Receptis arbitris, & accuratius præ aliis caput illud *qui compromittere non possunt*, sic facile egregia aliqua occurret exceptio. Semproniæ matrimonium promisisti, cujus promissi te nunc pœnitet? Vide an facultatem & promittendi copiam habueris. Quo facto non deficiet forte commoda exceptio, quemadmodum & in cæteris negotiis deprehendes.

CAP. V.

SUMMARIA.

1. *Deficiens facultas in acceptante.*
2. *Cautiones Romanorum circa incorruptos servandos magistratus.*
3. *Ratio ex Cicerone.*
4. *In provincia officium administrans inde oriundam ducere nequit. Plus indultum urbanis magistratibus quam provincialibus.*
5. *In Palatinatu prædiorum adquisitio officialibus durante officio interdicta.*
6. *De xeniis Ulpiani sententia.*
7. *Munera jure divino prohibita.*
8. *Num quævis munera indistincte prohibeantur.*
9. *Mynsingeri opinio.*
10. *Obligationem excludit patria potestas ultro citroque?*
11. *Ut & herilis.*
12. *Sicut donationem conjugium.*
13. *De translatione juris in potentiorem.*
14. *Actio cessa à Judæo in Christianum.*
15. *De fide hosti, latroni, hæretico, malefico servanda.*

§. 1. OBligationem consistere inter duos, promittentem scil. & acceptantem, utrumque horum facultate promittendi & accipiendi non

non privatum esse debere, alias Exceptionem contrariam oriri, modo ostendimus. Potissimum autem superiori Capite Exceptiones collectæ, quæ oriuntur occasione deficientis facultatis in promittente; Jam ad illas, quæ propter defectum facultatis in acceptante existunt. Etsi enim promittenti liberum sit dare, si tamen ego inhabilis sim ad datum accipiendum, sine dubio exceptio contra dati petitionem orietur. Facultas autem illa acceptandi, æque ac promittendi de qua egimus, in nonnullis deficit simpliciter, qui plane incapaces ad acquirendum vel acceptandum, in nonnullis secundum quid, qui certam rem, vel certo tempore quid acquirere nequeunt.

Exempli gratia:

Titio petente decem promissa, Sempronius recte excipit: Tibi Judiciali similive in Munere constituto promisi, ideo solvere non teneor.

Romani Legumlatores in id sedulo incubuerunt, ut Justitiæ & Reipublicæ administrandæ causa æquos incorruptosque servarent Magistratuum animos. Hinc caute prospexerunt, ne tales tribunalibus admoverent, apud quos vel propinquorum solicitudo, vel odium in inimicos, vel creditorum obligatio valere, animumque in partes trahere poterat, hinc Rubrica illa *lib. 1. Cod. cap. 53. De Contract. Jud. vel eorum qui sunt circa eos, & inhibendis donationibus in eos faciendis, & ne administrationis tempore proprias ædes ædificent sine sanctione pragmatica.* Hinc elegans Justiniani Constitutio in dicta *l. un.* quæ sic habet: *Quicunque Administrationem in hac florentissima urbe gerunt, emere quidem mobiles res vel immobiles, vel domos extruere non aliter possunt, nisi specialem nostri nominis hoc eis permittentem divinam Rescriptionem meruerint. Donationes vero omni modo recusent, scientes non esse validas eas, in quibuscunque rebus & quacunque æstimatione, nisi post administrationem depositam, vel specialiter in scriptis donator eandem donationem ratam habuerit, vel tempus quinquennale præterierit, in quo nulla querela super iisdem donationibus, vel ab ipso donatore vel ab ejus successoribus facta sit. Provin-* §. 2.

cias vero moderantibus, non solum donationes sed etiam Emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum, præter eas, quæ ad alimoniam, vel vestes pertineant & ædificationes, licet sacri apices aliquid eorum permiserint, penitus interdicimus: Ita ut pœna quadrupli statuta sit in secus facientes, *l. 46. de Contrab. Empt. nec ratum sit* (Sed fisco id lucrum cedat, *l. 46. §. 2. de Jure fisci. l. pen. C. de his quæ vi metusve causa,*) *quod his donatione vel venditione datum est, licet quinquennale tempus post depositam administrationem excesserit, vel consensus donatoris vel venditoris post eandem administrationem adjectus sit. Hæc autem etiam ad domesticos & Consiliarios eorum trahi necessarium duximus, illud etiam adjicientes, ut nec per interpositam personam aliquid eorum sine periculo possit perpetrari. Quæ etiam ad præterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus vel*

§. 3. *judicationibus sopita sint.* Rationem hujus Constitutionis eleganter reddit Cicero in Verrina sexta: *Quæ fuit causa* (inquit) *cur tam diligenter nos in provinciis ab Emptione removerent. Hæc Judices, quod putabant, ereptionem esse non Emptionem, cum venditori suo arbitratu vendere non liceret. In provinciis intelligebant, si is qui esset cum imperio & potestate, quod apud quemque esset emere vellet, idque ei liceret, fore, uti quod quis vellet, sive venale, sive non esset, quanti vellet auferret.*

§. 4. Simlis ratio fuisse videtur, cur is, qui in aliqua provincia officium administrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, uxorem ducere non possit, *l. 57. & l. 63. ff. de Rit. Nupt.* Ne videlicet eripere magis, quam consensu Parentum amicorumve liberrimo ducere videatur. Hinc autem abrogatur *l. 5. & 6. C. Theodos. de his quæ ab Administ. vel offic. publ. ger. distract. vel donata sunt.* Quibus locis præscriptio quinquennii proatur. Plus itaque hac in re urbanis Magistratibus indultum est, quam Provincialibus, quia major in Provinciis grassandi copia, si sua potestate abuti velint, proindeque durioribus Legum vinculis coercentur. Urbani namque ipsum Principem habent Inspectorem & Correctorem. Si quis tamen contra hanc Constitutionem delinquat, re empta vel donata privatur, & in quadruplum præterea condemnatur. *d. l. un.* nisi res Paterna ejus à fisco distrahatur, quam jure emit qui officii causa in provincia agit vel militat, *l. 62. ff. de Contrab. Empt.* propterea, quod in Paternis bonis cesset suspicio impressionis & concussionis, Perez. *in Cod. ad d. Tit.* Contractus

Digitized by Google

tractus autem Judicum quod attinet, sanctionem hanc hodie cessare creditur, Godofr. *ad d. Tit.* qui id de Gallia etiam asserit. Quod officia hodie sint perpetua, *arg. l. 34. ff. de reb. cred.* Idque Urbanis Magistratibus olim etiam permisit Leo *Novell.* 84. Christinæus *V. 2. decis.* 68. *n.* 3. Perez. *ad d. l. un.* Busius *in l.* 33. *ff. de reb. cred.* Argentr. *ad Consuet. Britann. art.* 35.

Hoc tamen non universaliter verum esse, Statuta & Consuetudines multorum locorum evincunt. Sic Ordinatio Palatina officiales prædia emere, permutareve expresse prohibet hisce: Wie auch solche unsere Ober- und Unter-Amptleute in Zeit ihrer tragenden Verwaltung keine liegende Güther Ober- und Gerechtigkeiten, in ihren anbefohlenen Amptern ohne unserem Vorwissen, und empfangenem nothwendigen Bericht, auch darauf gegebene Bewilligung kauffen, ertauschen, oder sonsten durch andere Wege an sich bringen sollen. Churpfältz. Land-Ordn. *tit.* 11. *in fin.* Atque hæc de Contractibus Judicum. Paucula nunc in specie adhuc dicenda de Muneribus. §. 5.

An & quantum munerum Judici accipere liceat? De hac quæstione ita sentit Ulpianus *l. 6. §. 3. ff. de Offic. Proconf. Non vero in totum Xeniis abstinene debebit Proconsul, sed modum adjicere, ut neque morose in totum abstineat, neque avare modum Xeniorum excedat, quam rem Divus Severus & Imperator Antoninus elegantissime Epistola sunt moderati, cujus verba hæc sunt: Quantum ad Xenia pertinet, audi quid sentimus. Vetus proverbium est,* οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων, *neque omnia, neque quovis tempore, neque ab omnibus. Nam valde inhumanum est, à nemine accipere, sed passim, vilissimum est, & omnia, avarissimum.* §. 6.

Et quod Mandatis continetur, ne donum vel Munus ipse Proconsul, vel qui in alio officio erit accipiat, emavte quid, nisi victus quotidiani causa, ad Xeniola non pertinet, sed ad ea, quæ eduliorum excedant usum. Sed nec Xenia producenda sunt ad Munerum qualitatem. In eundem sensum vide *l. 18. ff. de Offic. Præsid. & cap. 18. extra. de Simonia. & cap. 11. de rescript. in 6to.* Quin & ipsum Jus divinum hoc confirmat, quo traditur, munera excæcare oculos Sapientum, ac pervertere verba justorum. *Deuteron. 16. 1. Regum cap. 8.* & Judices ἀδωροδόκους creari oporte- §. 7.

Yyyyyyy 2 re

re legimus *Exod.* 18. Imo munera ipsos Deos movere persuasum fuit antiquis. Euripides Medea. Hinc veteres cecinerunt:

Munera crede mihi placant hominesque Deosque,

§.8. Quando autem non quodlibet Munus cujuslibet animum flectere potest, qui enim Satrapam, aut Provinciæ Præsidem, (quem hodie magnis Imperii Principibus æquiparare possemus,) Pipio aut Gallina oblata movere posset? Proinde non indistincte quoque Munera prohibentur, sed & quantitas Muneris qualitasque dantis, temporis item aliaque circumstantia attenditur, uti apparet ex dictis Textibus, tam Juris Civilis quam Canonici. Non incongrue hac de re Mynsingeri

§.9. adferemus opinionem. Qui *Centur.* 2. *Observat.* 75. ex Matthæo de Afflictis ita distinguit: *Aut volo dare Judici pecuniam ob juris mei retentionem sive redemptionem, vel causæ expeditionem, & non licet, l. Utputa,* 2. *§. fin. ff. de Cond. ob turp. caus. & l. qui explic.* 10. ibique Ang. *C. de Accus. Aut ad corrumpendum Judicem, & tum non modo non licet, sed punitur etiam, juxta l.* 2. *C. de Pœn. Jud. qui male jud.* cum simil. *Aut pro Amicitia, & tunc possum solum dare, & ille recipere esculentum & potulentum, quod intra paucos dies consumitur, l. plebiscito. ff. de Offic. Præs.* ib. Gul. *de Cun. Aut volo dare Judici, velut meo consanguineo, rationæ conjunctionis, & possum ei dare, quantum volo, l.* 1. *in fin. Ad. L. Jul. repet. Aut volo dare ob impensi laboris remunerationem, & tunc interest, an sit ordinarius Judex & habeat salarium à Principe vel ex publico, & tunc nihil potest recipere, ut dicit Auth. Scriptum exempl. post Tit. sine quo suffragio, & habetur (in cap. prala. vi. su. nisi esculentum & potulentum) quod brevi sit daturum d. l. plebiscito.* Specul. *Tit. de Salar.* §. 1. *vers. si vero est ord. An vero sit delegatus, & tunc habebit sportulas secundum cujusque loci consuetudinem, ut Nov.* 82. *de* Jud. *c. ne autem circa hac lab.* 9. *fac. l. qui ordinariam.* 7. *C. de Offic. rect. Provinc.* Alex. *l.* 1. *ff. Si quis in jus vocatus non ierit. Delegatus autem à Papa nihil recipere debebit, quam esculenta & poculenta, c. statutum.* §. *insuper. de Rescript. l.* 6. vid. *de hoc latius per text. & Dd. in d. l. plebiscito. ff. de Off. præs.* & Alexand. *Consil.* 205. *viso Themate volum.* 2. Anchar. *c. statutum.* §. *insuper.* & ibidem Archid. & Joh. Andr. *de Rescr. l.* 6. Albert. Rosa, *& alii in l. solent.* §. *ult.*

ff. de

Digitized by Go

ff. de Offic. proconf. & Leg. Bart. *in l. Lex Julia. ff. ad Leg. Jul. repetund.* Salicet. *in l. Jubent. Cod. eod.* & Spec. *d. Tit. de Salar.* §. 1.

Sic &

Titio petente decem promissa, Sempronius recte excipit: filiusfamilias tuus sum, vel tu meus es, ideo nulla obligatio ex ista promissione esse potest.

Actiones adversus Patrem filio præstari non posse, dum in potestate ejus est filius, asserit Pomponius *l. 7. ff. de O. & A.* add. §. 16. *Inst. de Inut. stipulat.* §. 12. *Inst. de Obligat. quæ ex delict. nasc.* Et vice versa, *ne cum filiofam. Pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus,* ait JCtus Paulus in *l. 16. ff. de furt.* add. *l. 17. l. 52. ff. eod.* Hinc Regula conficitur talis: Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, sive experimur, sive patimur litem. Text. *in l. lis nulla. 5. ff. de Jud.* ibique Gothofr. Ratio est, quia Pater & filius censentur esse una persona, *d. l. 16 ff. de Furt.* Excipitur tamen causa Castrensis peculii, de qua lis esse potest inter Patrem & filium, *d. l. lis nulla.* Cujus Exceptionis ratio est in Constitutionibus, quæ filiumfam. ratione Castrensis peculii habent pro Patrefamilias, *l. 2. ff. Ad. SCt. Maced.* Cujac. 9. *obs.* 13. Quod autem de Castrensi peculio dicitur, id Cujacius *d. l.* extendit ad quasi Castrense, & ad illa adventitia, quorum Pater non habet usumfructum, quod & placet Bartolo in *l. frater à fratre. 38. ff. de Cond. indeb.* & moribus nostris sequendum ait Castrensis *in d. l. lis nulla.* Alii putant, Jure Canonico patriam potestatem in actionibus plane non considerari, *Gloss. ult. in c. ult. de Jud. in 6. per c. quæritur 36. caus. 2. q. 7.* Ubi id tamen non dicitur. Certe in iis locis ubi Patria potestas maximam partem exolevit. *d. l. lis nulla.* exiguum amplius potest habere usum. Vide Grœnw. *ad d. l. 4.* Gomez. *ad l. 46. Tauri. n. 3. in vers. tertio.*

Similiter

Servus contra Dominum, & Dominus vice versa contra servum excipere potest.

§. 11 Hæc Exceptio satis probatur per *l. 6. C. An servus ex suo facto. l. 17. pr. ff. de Furt. l. 7. ff. ad. L. Corn. de Fals.* Nonnullis tamen in casibus deficit, veluti si Dominus Tabulas Testamenti, in quo servo libertas est relicta, supprimat, ex hoc enim servo accusatio datur *l. 7. ff. ad L. Corn. de Fals. l. 53. ff. de Jud.* Item si servus Dominum de annona, censu, aut falsa moneta accuset *d. l. 53.* Si Dominus servo fideicommissariam libertatem debeat, *d. l. 53.* Si servus suis nummis se redemptum dicat. *d. l. 53.* Si servus ex pacto manumissionis agat. *d. l. 53.* Si post manumissionem inter Dominum & servum quid gestum sit, *d. l. 17. ff. de Furt.* Si revera servus non sit, sed in servitute sit, *l. 54. ff. de Acquir. rer. Dom. l. 118. ff. de V. O.* Si servus communis, & Contractus cum altero sociorum sit, *l. 7. §. si servus ff. de Stipulat. serv.* Si naturalis obligatio subsit, *l. 39. ff. de Cond. & demonstr.* Plures Exceptiones Vigel. collegit. *Meth. Jur. Civ. lib. 15. c. 2. Exc. 6. & lib. 19. c. 3. q. 2. Exc. gen. 1.* Hodie hæc etiam exiguum habere usum docet Grœnwegen *ad d. l. 53. ff. de Judiciis.* Certe cum famulis nostris tanquam cum hominibus liberis lis nobis esse potest.

Similiter

Titio petente decem donandi causa promissa, Sempronia recte excipit: maritus meus es, ideo tibi ex hoc Pacto meo nihil acquiri potest, & vice versa.

§. 12 Uxor cum Marito contrahere quidem potest, *l. 7. §. 6. 7. l. 36. §. fin. l. 58. pr. ff. de Donat. inter Vir. & Ux.* dummodo fraus absit *l. 32. §. 24. l. 52. ff. d. t.* Sand. *de Probib. rer. al. c. 2. §. 1.* Et, si saltem negotium

gotium non cadat in speciem donationis, *l.* 5. §. 5. *ff. d. t. l.* 11. *l.* 21. *C. ad SCt. Vell.* Bach. *ad Tr. Vol* 1. *Disp.* 6. *th.* 6. *Lit. A.* Tale enim negotium ipso jure nullum est, *l.* 3. §. 10. *d. t.* Ratio hujus prohibitionis est, ne amor Conjugalis donis conservetur, vel concordia maritalis pretio emi videatur; aut altero non donante, discordia inter Conjuges oriatur, *l.* 1. 2. 3. *ff. d. t.* Quæ ratio cum etiam obtineat, si à Parentibus alterius Conjugis, vel similibus personis, intuitu illius donetur; prohibita quoque est donatio inter socerum & generum, socerum & nurum, consoceros invicem, qui Conjuges in potestate habent, *l.* 3. §. 1. *& seqq. l.* 36. *ff. d. t.* Imo nec Miles Uxori vel focariæ donare potest, quamvis Meretrici possit. *l.* 2. *C. de Don. Inter Vir. & Ux.* Cessat autem prohibitio illa in fructibus aliisque accessionibus, item annuis & menstruis donatis, *l.* 15. *l.* 17. *ff. d. t. l.* 22. *ff. de Pact. dotal.* In illis, quæ donantem non reddunt pauperiorem, *l.* 5. §. 13. *& seqq. ff. de Donat. inter Vir. & Ux.* In iis quæ ad Dignitatem Mariti Uxor erogat *l.* 21. *C. de Donat. int. Vir. & Ux.* in donatione mortis causa, *l.* 9. & 10. *ff. d. t.* In donatione remuneratoria, *l.* 7. §. 2 *ff. d. t.* Quæritur autem, an donatio subsistat, si juramentum accedit? Jure Civili videtur dicendum quod non, per *l.* 5. *C. de Legibus.* Secus Jure Canonico, *c. cum contingat X. de Iurejurand.* Quær. An prohibitio illa etiam habeat locum inter sponsum & sponsam? Affirm. *arg. l. pen. ff. h.* Struv. *Synt. de Don. int. Vir. & Ux. th. ibique alleg. Dissent.* Campeg. & Math. *ibidem.* Cæterum in iis locis, ubi consuetudo communionem bonorum inter Conjuges introduxit, eorum quæ dicta sunt, exiguus videtur usus, Grœnw. *ad d. Tit. de Don. int. Vir. & Ux.* Hinc quæritur, stante Statuto vel consuetudine, qua inter Conjuges communicantur bona tempore Matrimonii acquisita, die errungene oder erworbene Güter, an valeat conventio inter Conjuges qua Uxor renunciat lucro provenienti ex acquisitione facta, vel facienda per Maritum? Affirmat Treutl. *d. V.* 1. *Disp.* 6. *th.* 6. ibique allegatus Matthæus Cuno. Negat Bachovius ibidem, quia hoc negotium in speciem donationis incidit. Nobis Treutleri sententia videtur præferenda, per *l.* 5. §. 13. *& seqq. ff de Donat. inter Vir. & Ux.* Nam & repudiatio Legati, vel hereditatis quoque, speciem donationis habet, & tamen toleratur.

Sic &

Sic &

Titio petente decem, Sempronius legitime excipit: Actio, quam adversus me instituis, ab alio tibi mandata est, quoniam autem potentiores, Lex eam tibi acquiri vetat, & sic jus nullum agendi adversus me habes.

§. 13. Sæpe Creditores jus suum aliis committunt, quod Juri & rationi non repugnat. Quod si autem illud in potentiorem conferant, nascitur debitori non tantum Exceptio contra potentiorem, sed etiam contra ipsum priorem creditorem, qui jus crediti amittit. Nam ita ait Textus: *Si cujuscunque modi actionis ad potentiorum fuerint delata personas, debiti Creditores jactura multentur.* Aperta enim Credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores. *l. ult. C. Ne liceat potentioribus patrocin. lit. præst.* add. *l.* 1. *eod.* Cui concinne respondet Jus Canon. *in c.* 2. *X. de Alienat. Jud. mut. caus.* Potentior autem intelligitur, non tantum, qui opibus & dignitate superior est, sed & qui gratia ac favore prævalet, ut debitorem magis premere possit. Glossa *in l.* 4. *ff. de Alienat. Jud. mut. c.* Cujac. 10. *observ.* 3. Hott. *in Epit. ff. d. t.* Ant. Fab. *ad d. l.* 4. §. 3. Joh. à Sande *de Cession. act. c.* 4. *n.* 7. Grœnw. *de LL. abrog. ad d. l.* 1. Godofr. *in Not. ibid.* Bocer. *Class.* 6. *d.* 6. *n.* 25. Dicta Exceptio nascitur etiam, cum non quidem ipsum jus cessum & collatum est in potentiorem, sed tantum postulandi, vel procurandi, vel quovis modo patrocinandi potestas, *d. t. in Rubr.* ibi: *patrocinium.* Wes. *in Par. Cod. ibid. n.* 2. *ait: Prohibitum est enim patrocinium formidolosum præstare contra alios, vel procurando, vel intercessionibus, cessionibus; literis commendatitiis* &c. add. *l.* 30. *&* 31. *Cod. Locat. & t. t. Ut nemo suum patrocin. vic. t. t. C. Ne fiscus vel Respubl.* Bocer. *d. Class.* 6. *Disp.* 6. *n.* 25. *& Dd. comm. ad dictos Tit.*

Simi-

Digitized by Google

Similiter

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: Jus quo adversus me experiri vis, cessum tibi est à Judæo, sine authoritate Magistratus, unde nihil tibi acquisitum, & jus ipsum debiti amissum est.

Judæi quidem Jure Civili communi Civium Romanorum jure utuntur, *l.* 8. *Cod. de Jud.* Mynſ. *Cent.* 5. *obſ.* 6. Wehn. *Pract. Obſ. in verb.* Juden. Reinking. *de Regim. Secular. lib.* 2. *Claſſ.* 2. *cap.* 3. Mager. *de Advocat arm. c.* 8. *n.* 26. adeoque etiam uti Cives Romani commercia exercere, & ex Testamentis capere possunt, late Finckelthaus. *observat.* 84. *per tot.* cum *l.* 1. *C. de Jud.* solam Universitatem ex Testamento capere prohibeat. Multa tamen specialiter etiam in singulis Judæis constituta sunt, veluti, quod cum Christiana aliquis eorum Conjugium contrahere non potest. *l.* 6 *C. eod.* Quod è Christianis mancipium, famulum, aut nutricem habere non potest, *t. t C. Ne Christ. mancip. cap ad hoc. X. de Judæis.* Quod à Christianorum Communione ipsis abstinendum, *c. ſæpe malorum. cauſ.* 28. *q.* 1. *can. nullus. d. c.* 28. *q.* 1. In quem finem ipsis etiam sine dubio injunctum est, speciale signum portare, ut ab aliis dignoscantur, *c.* 15 *X. de Jud. l. mime.* 4. *C. de Episcop. aud.* Præter alia autem singularia de quibus nunc fusius agere non est animus, Constitutionibus Imperialibus cautum est, ne sub pœna amittendi debiti actionem contra alium Christianum sine authoritate Magistratus Christiano cedant. Reichs-Absch. *de Anno* 1551. §. wiewol auch in vielgedachter unser Policey-Ordnung. & §. seq. & R. A. *de Anno* 1577. *Tit.* 20. Von Juden und ihrem Wucher. §. Es soll auch kein Christ. Ratio hujus Dispositionis est, tum ne Christiani Judæorum pravitatem usurariam imbibant. Carpz. *Reſp. Elect. p.* 5. *Tit.* 5 *Reſp.* 38. *n.* 9 tum, ut omnibus fraudibus & fœnori illicito occurratur, Carpz. *d. l. n.* 26. Gens enim Judæorum (*uti* Forstnerus *ad Tacitum lib.* 6. *Ann. c.* 16. §. 3. *p. m.* 475. *eam depingit*) *post immane oc-* §. 4.

cisi Servatoris Jesu Christi piaculum, ira Numinis omni exuta Dignitate, & quo cæteris mortalibus ostentui esset, suis ejecta sedibus, vaga atque egens, qua lucri fraudiumque tuto exercendarum spes duxit, omnibus se terris dispersa effudit, perque omnes Urbes prompta dolis, pecuniæque vias omnes callens, fœneratur. Ita juxta plebs primoresque evertuntur fortunis, circumveniuntur atque obruuntur fœnore. Principes illis ut spongiis utuntur, & postquam satis biberunt, exprimunt madidos. Addi forte potest & hæc causa: Ne Christiano debitori favor ille quem præ Creditore Judæo habet, eripiatur. Siquidem contra Judæos rigor in judicio exercendus, Wehner. *Obs. Pr. verb.* Juden. Idque propter odium personæ, *c. cum minus. extra de Judæis.* Berlich. *p* 1. *Concl* 45. *n.* 45. Klock. *p.* 1. *consil.* 37. *n.* 192. Cravett. *consil.* 459. Quod multi extensione facta ita intelligi volunt, ut nec favorabilis dispositio ad Judæos trahi possit, Lancellot. *de Attent. c.* 12. *lim.* 11. *n.* 2. *p.* 2. Quæritur autem, an, quod dicti *Recessus* de Emptore Christiano dicunt, extendendum sit ad eum casum, quo Judæus emit à Christiano? Affirmat id Han. *in* Διαταγματ. *Jud. Thes.* 13. hisce verbis: *Item illud prohibetur, ne Christiani in posterum obligationes & actiones suas Judæis cedant, sub amissione actionum.* Et Noe Meurer. *in Loc. comm. p.* 1. *fol.* 58. Ob metum fortasses deceptionis. Notanda sunt & rara quæ de Judæis passim reperiuntur in Balth. Bonifacii *Hist. Ludicra.*

Quæritur:

An etiam justa exceptio sit: Hostis, vel latro, vel hæreticus, vel maleficus es, ideo fidem datam tibi servare non teneor?

§. 5. Contra *hostem* Exceptionem illam justam asserit Bartolus, Jason & alii *in l.* 5. *ff. de Pact.* Zasius *in Apologia contra Eckium*, & in *quæst.* 3. *de Judæis.* Quod quomodo in mentem istis venire potuerit, mirari liceat. Quid enim subesse potest, quod promissorum vim debilitare queat. *Nam hostes qui sunt, homines esse non desinunt. At homines, omnes qui ad rationis usum pervenerunt, capaces sunt juris ex promisso,* Grot.

Grot. *lib.* 3. *de I. B. & Pac. cap.* 19. §. 1. Sane, si (uti sub initium Præfationis diximus) fides privatim tenaciter servanda, multo magis publice, alias ex Imperiis & Rebuspublicis magna latrocinia existent; Sanctum illud fidei Numen nullo unquam scelere violandum, Forstn. *ad Tac. An.* 4. 47. 1. *p.* 435. Exemplis in re tam manifesta, omniumque Politicorum consensu probata, jam non utemur, alias Romanorum, Atheniensium, cæterarumque moratiorum Gentium, ex fide gesta non deficerent. Imo probari posset, Romanos hostibus quoque perfidis fidem servasse, quales Pœni erant, quod in casu simili testatur Valer. Max. *lib.* 8. *c.* 2. ac Grotius. *lib.* 3. *c.* 19. esse vult. Egregium est illud Consulis Romani Silii Italici *Punicor. lib.* 14. *v.* 170. 171. 172.

—— Multo Optimus ille

Militiæ, cui postremum est, primumque tueri

Inter bella fidem.

Publica Fides ut legimus apud Quintilianum, inter armatos hostes inducias facit. Apud eundem, *libr.* 2. *c.* 26. Fidei supremum rerum humanarum vinculum est, Sacra lanx Fidei inter hostes.

Non immerito itaque in contrarium & diversum ab illis abiit Cicero *lib.* 3. *Offic.* Bodin. 5. *de Rep.* 6. Duaren. *ad l.* 1. *ff. de Pact. pr.* Wesenb. *ad Tit. ff. de Pact.* Fachin. 9. *contr.* 58. Treutl. *V.* 1. *Disp.* 6. *th.* 7. Quantum ad Latronem, illam exceptionem probat Cic. *d. l.* Bach. *ad Tr. d. l.* Baldus & Angelus *in l.* 7. *ff. de Pact.* Bart. *in l.* 1. *eod.* Contra Treutl. Wiss. Bodin. *dictis locis.* & Grotium *de I. B. & P. lib.* 3. *c.* 19. §. 2. cujus hæc sunt verba: *Non habent quidem ista specialem istam communionem, quam inter hostes in bello solemni & pleno introduxit Jus Gentium, at quia homines sunt, communionem habent Juris naturalis, ex quo nascitur ut pacta servanda sint.* Exempla refutatioque objectionum Ciceronis ampliora sunt, quam ut hic inseri commode queant, cui placet, indicata loco Grotii illa videbit accurate exposita. Contra hæreticos Exceptioni locum facit Jus Canonicum, *c. ult. extra de Haret.* & Canonistæ communiter. In quam rem Wissenbachius

 gravi-

graviter hoc modo invehitur: *Itaque aeterna merito infamia Pontificis Eugenii IV. est, qui Ladislao Hungariae Regi autor fuit, ut Pacem cum Turcis factam violaret, cujus consilium etiam infelicissimus Regis exitus perfidiae damnavit Ann.* 1444. Chron. Carion. *lib.* 5. *pag. m.* 846. *& seq. Eadem infamia Patres Concilii Constantiensis deflagrant, qui Sigismundo Imp. autores fuerunt, ut Johannem Hussum & Hieronymum Pragensem Bohemos, contra fidem datam, infaustis ignibus necaret Anno* 1415. Chron. Carion. *d. lib.* 5. *p.* 840. *Sapientius Carolus V. qui Lutherum publica fide ad Comitia Wormatiensia evocatum, inviolatum dimisit Anno* 1519. *dicens: Fidem rerum promissarum, etsi toto Mundo exulet, apud Imperatorem tamen consistere oportere.* Bodin. *d. lib.* 5. Sleidan. *lib.* 3. Idem Wissenbachius *th.* 6. ibidem recte sic concludit, *cum quibus jus gentium commune est, his fides data servari debet.* Est autem commune cum hoste, *l. ult. ff. de Legat.* cum latrone, *l.* 13. *ff. Depos.* cum maleficis. *l.* 17. *l.* 29. *ff. de Poen.* cum Barbaris, *l.* 6. *in fin. ff. de Bon. damn.* cum haereticis & infidelibus, *arg. l.* 43. §. 1. *ff. de Procurat.* Ergo his fides data servari debet.

Hac occasione quaeritur: *Anne salvus Conductus à Principe concessus Bannitis ob gravissima delicta servandus sit?* Negant Herculan. de *Caut. de non offend. c.* 37. *n.* 10. Myns. *cent.* 1. *obs.* 82. Angelus de Maleficiis, Mandosius & alii apud Fach. 9. *contr.* 51. Sed contrarium communius receptum est. Farinac. *Tit. de Carcer. & Carceratis, quaest.* 29. Bursatus, Magalottus, Bertazol. apud Fachin. Quae sententia probatur quoque superiori argumento & plurimis exemplis. Hinc Stephanus Rex Poloniae merito reprehenditur, quod cuidam Militi conductum non servarit. Laurent. Mull. *in Hist. septentr. fol.* 12. Mauritii Electoris Saxoniae masculam objurgationem, Carolo V. Philippi Landgravii liberationem impedire conanti, factam, recenset Gentil. 2. *de Legation.* 12. Quapropter Baldus *tutum iter vel securitatem à Principe datam servari debere, nec verba calumnianda, sed omnia bona fide agenda*, dextre respondit. *An Ergo & Judex, qui impunitatem reo promisit, quo fateretur delictum, illum postea confitentem punire possit?* affirmat Dominic. de *S. Gemin. in c. nos in quenquam. caus.* 2. *q.* 1. Felinus *in c. afferte, extra de Praesumt.* quia pro hujusmodi simulationibus pugna-

re

re videtur Judicium Salomonis in *d. c. afferte.* & quod ob publicam utilitatem permissa est simulatio.

Contrarium statuunt Decius, Covarruvias, Marsilius, & alii, quos refert & sequitur Fach. *lib. 9. c. 61. per l. 1. & 5. ff. de Pact. l. 1. C. de his qui ven. at.* quæ neminem sub publica fide decipiendum statuit. Nobis neutra sententia absolute accepta satis tuta videtur. Prior impingit in Principium quod vetat, fidem violari, & sæpe adversatur majori Reipub. emolumento. Si enim incendiis, rapinis, latrociniisque quotidie Respub. sit infestata, quorum autores etiam diligenti inquisitione facta deprehendi nequeunt, forte citra injuriam Princeps, aut Judex evitaturus majus malum, uni reliquos indicaturo impunitatem promittit, & servare potest. Posterior tamen sententia etiam impingit in alterum Principium, quod vetat justitiam violari, delictaque punienda non dimittenda esse imperat, *l. ita vulneratus. 51. ad L. aquil.* Quocirca quantum fieri poterit, media observata via fides ita servanda est, ut Justitia servetur, nec promissio hujusmodi temere facienda, sed si facta, expendendum est, utrum delictum tale sit, quod ipse Deus severe vindicari præcepit, & quam ob rem exemplum statui Reipublicæ intersit; an vero levius sit commissum; An ab eo venia promissa sit qui potest facere gratiam, an vero ab eo, qui nequit; An de pœna ordinaria agatur, an vero de extraordinaria.

CAPUT VI.

SUMMARIA.

1. *Promissio infantis.*
2. *Dementis.*
3. *Dormientis.*
4. *Ebrii.*
5. *Amore perciti.*
6. *Errantis.*
7. *Dolo decepti.*

8. *Contractus simulatus.*
9. *Vi metuve promissum.*

DElineatæ sunt Exceptiones, quæ occasione deficientis in contrahentibus facultatis oriuntur. Superest, cum *non tantum in intellectu rerum sed & in voluntatis usu quædam contrahentibus inter se æqualitas debeatur*, Grot. J. *B. & P. lib.* 2. *c.* 11. §. 10. ut & illas (quantum fieri licebit) exponamus, quæ originem suam defectui voluntatis debent. Voluntatis autem duo sunt Principia, *Intellectus* & *Appetitus*. Velle enim dici non potest, qui non intelligit id quod velle dicitur. Ideo Aristot. 3. *Eth. c.* 1. *Voluntarium* definit, *cujus Principium est in eo qui agit, res singulares illas, in quibus actio versatur, non ignorante.* Neque tamen intellectus & scientia ad voluntatem sufficit, sed requiritur etiam Appetitus, nam & illa intelligimus, probeque sæpe novimus, quæ minime appetimus, quæque voluntati nostræ plane adversantur. Hinc Aristot. 1. *Rhet.* 10. *voluntatem* dicit *appetitionem boni cum ratione conjunctam. Intellectu* itaque vel *appetitu* non integro, ex defectu voluntatis contra promissionem exceptiones oriuntur, quæ vel desumtæ ab *infantia*, *dementia*, vel *ebrietate*, aut *amore*, *dolo*, *errore* &c. Nec minus *vis*, *metus*, *animus à contrahendo alienus*, *& Simulatio* excipiendi causas præbent, quia appetitui opposita sunt.

Primum ergo.

Vitio petente decem à Sempronio, Sempronius recte excipit: infans fui cum promisi, ideo solutio mihi non incumbit.

§. 1. In *infantibus* imperfectionem intellectus & usus rationis naturaliter esse, docet *l. si infans pr. ff. de jur. deliber.* quodque magis, nullum deprehendi in iis intellectum. §. 9. *J. de Inut. stipul.* & impubrees ignorare omnia, quæ vident, tradit *l.* 1. §. *impub. C. de Falsa Monet.* atque hinc infans & impubes in Legibus & apud earundem Interpretes

tes furioso æquiparantur, Castrensis *in l. pupillus ff. de Acquir. hæredit. l.* 1. §. 13. *ff. de Obl. & Act.* Mascard. *de Probat. Conclus.* 3340. *n.* 32. *Vol.* 1. Quia quemadmodum furiosus casu agit quicquid agit. *l. ult. in fin. ff. de Administr. Tut.* Menochius *Consil.* 82. *n.* 207. *Vol.* 1 *& ipsius promissio nulla est.* Grot. Sic etiam infans sine effectu promittit, qui proinde insipienti à veteribus sæpe assimilatur. Homerus *Odyss.* 16. *in fin.* sub persona Penelopes loquens: *Filius autem meus quousque quidem fuit infans & demens.*

Imo major defectus est in infante quam furioso, actus enim à furioso bene gestus, & quem quilibet homo sapiens gesturus fuisset, valet, quia præsumtio est, furiosum tempore ipsius actus gesti dilucida intervalla habuisse, Grammat. *decis.* 73. *n.* 38. & æquitate suadente furiosus aliquando fingitur consentire, ut *l.* 2. §. 2. *ff. Sol. matr. pr. l. de Nupt. l.* 25. *C. eod. l.* 28. *C. de Episcop. audient.* Infantis autem nullus actus valere, nec in eo præsumtio dilucidi intervalli locum habere potest, quia imperfectione naturali laborat. Sed videamus nunc quis sit infans, in qua quidem quæstione nec JCti nec Medici inter se, nec hi cum illis conveniunt. Aliter Hippocrates, aliter Avicenna, ut videre est apud Zachiam *in Quæst. Legal. lib.* 1. *Tit.* 1. *quæst.* 3. Inter JCtos recepta sententia est, infantem esse eum, qui minor septem annis. Ita expresse definit *Lex si infanti.* 18. *C. de Jure deliberandi*, ibi: *Si infanti, id est minori septem annis &c.* Consentit *l.* 1. §. 2. *ff. de Administr. Tutor.* ubi qui supra septimum ætatis annum sunt, opponuntur iis, qui fari non possunt. Idem confirmat *L.* 14. *ff. de Sponsalib.* adde Cujac. *de Præscript. cap.* 25. Dissentit tamen Antonius Faber, statuens, infantem esse eum, qui fari non potest, sive quatuor, sive quinque, sive sex annorum sit; (Cujus quidem ratio Grammaticalis suppeditari posset) Fabrum autem prolixe & docte refutat Hilligerus *ad Donellum lib.* 7. *cap.* 9. *lit. D.* Atque hæc quidem de ipsa infantia, à qua jura distinguunt tempus infantiæ proximum & tempus pubertati proximum. Proximus autem infantiæ & pubertati quis sit, valde inter Interpretes disceptatur. Alii infantiæ proximum dicunt, qui egressus est infantiam & linguæ gnarus; Pubertati proximum definiunt, qui nondum egressus est pubertatem, sed propinquus illi est, ita ut annale duntaxat vel semestre tempus reliquum

quum sit. Cujacius, Petrus Faber, Borchholt, *per l. 17. in Princip. ff. de Excus. Tutor. & l. 14. ff. ad SCtum Syllanianum.* *Hostiensis* pubertati proximum dicit, cui tres tantum dies supersunt ad pubertatem, per *l. 3. §. ult. ff. de Liber. exhibend.* Accursius, Bartol. Jason, Donell. & alii dividunt tempus illud, quod est inter infantiam & pubertatem in duas æquales partes, earumque primam infantiæ proximis, alteram pubertati proximis tribuunt. Anton. de Butrio, Salicet. Coras. Covarruv. Menoch. Farinacius & alii hanc rem Judicis arbitrio relinquunt, quos refert & sequitur Harprecht. *ad Tit. Inst. de Autor. in Princ. n.* 18. Et non sine ratione. *Quando enim puer ratione uti incipiat, non potest certo definiri, sed ex quotidianis actibus, aut etiam ex eo, quod communiter in quaque Regione accidit, desumendum est &c.* Grot. *lib. 2. de I. B. & P. c. 11. n. 5.* Cæterum quis sit usus hujus distinctionis, constat ex §. 9. & 10. *Inst. de Inutil. stipulat.* ubi *Dd. comm.* qua de re & nos, ubi de Exceptione pupilli actum est, nonnulla addidimus. Vide plenius hac de re Zachiam *in Quæst. Medico-Legal. d. loc.*

Sic

Titio petente decem à Sempronio, Sempronius recte excipit: non sane mentis fui tempore promissionis.

§. 2. Mens est supremus Cognitionis opifex, à quo per varios gradus quem progredi oportet, donec scientia vel opinio generetur. Quod Cicero sic expressit: *Mens ipsa quæ sensuum fons, atque ipse sensus, naturalem vim habet, quam intendit ad ea, quibus movetur.* Cæterum nos nunc operationem mentis ejusque gradus Peripateticis & Platonicis consideranda relinquimus, innitentes tantum hoc fundamento, quod Mens cognitionum sit Autor, & in quo homine illa officio suo non fungitur, ab eo actus intellectus & rationis participes frustra expectari. Videmus autem in nonnullis Mentem tantum leviter turbari, in nonnullis magis, ab aliis plane remotam cernimus, in quibusdam perpetuo cessare, in illis ad tempus saltem. Hinc ad

classem

classem eorum, qui non sunt sanæ mentis, referuntur (1.) *furiosi*. (2.) *dementes*. (3.) *melancholici*. Omnes tamen omnium horum actus vitiosos dicere non possumus, sed in singulis judicandum est, quantopere vires mentis turbatæ sint, nec ne. Furiosus est hic, qui mentis ad omnia cæcitate rapitur, Cicer. 3. *Tusc. Quæst. lumine h. e. sensu communi caret, & rabie evidenti sursum ac deorsum fertur, ut veram rerum substantiam discernere non possit, c. scient. & ibi not. distinct.* 47. & inde suus esse negatur. *L. Fulcinius*. 7. §. *plane*. 10. *Quib. ex caus. in possess.* mente quasi extra ipsum lata. Sicque furiosus dormienti, animo absenti, atque ignoranti æquiparatur, *l.* 2. §. *penult. de Jur. Codicill. l.* 1. §. *furiosus. ff. de Acquirend. possess. l.* 4. *de Divort. & repud. l. ubi non voce*. 124. *de R. I.* Peremtoria (uti Jacob. Godofr. ea appellat ad *l.* 124.) verba, furiosum concernentia vide *l.* 2. §. *furiosus. penult. ff. de Jur. Codic.* Adde *l.* 49. *ff. de Recept. l. furios.* 9. *ff. de re jud. l.* 17. §. 11. *ff. de Inj.* Ast quandoque alienatio illa mentis in furioso perpetua est, & tum is omnis intellectus expers est, *l. Div. Marc.* 14. *de Offic. Præs. l.* 12. §. 2. *ff. de Jud. l.* 9. *C. de Imp. & aliis subst.* Quandoque cessat, certis & dilucidis adhuc relictis intervallis, quibus vestigia rationis cujusdam adhuc se exerunt. Tales *in conspectu inumbratæ quietis* esse dicuntur, ut loquitur JC. *l. quod meo*. 18. *ff. de Acquir. poss.* dilucidaque habere intervalla, *l.* 22. § 7. *ff. Solut. matrim.* intermissionemque furoris, *l.* 10. §. 4. *ff. Qui Testam. facere poss.* Colligere exinde licet, furioso non competere indistincte exceptionem, neque omne ab eo gestum ex intellectus vitio proficisci, atque proinde improbandum esse, sed tempore intermittentis furoris eum recte promittere, & ex promisso obligari, testari quoque & cætera agere utiliter posse, *l. furiosum*. 9. *C. Qui Testam. fac.* Intermissus autem furor non præsumitur, Menoch. *lib.* 6. *Præsumpt. cap.* 65. Bachovius *ad Treutl. de Testam. th.* 5. *Lit. C.* nisi qualitas actus sapienter gesti contrariam præsumtionem inducat, *l. furiosus*. 46. *ff. de Obligat. & act. l. si a furioso. eodem. l. non omnis*. §. *si pupillus. ff. de reb. cred.* Bœrius *Decis.* 33. *n.* 88. Ludov. 1. *Decis.* 1. Sicquidem de furioso res expedita est: ab eo autem differt demens sive mente captus, seu stultus, qui in Jure pro uno eodemque accipiuntur, *l.* 15. *ff. de Nupt. l.* 27. *ff. de Condit. Institut. l.* 51. *de Evict. l.* 1. *de Ædilit. Edict.* Differt autem alias furiosus à mente capto, ut eleganter Alciat. *lib.* 2. Παρεργῶν *c.* 16. tradit, *quia mente captus dicitur qui eo modo op-*

pressus est, quem Græci μώρωσιν dicunt, cui λογιστικὸν seu rationalis animæ pars labefactata est, provenitque ex solo humenti maloque temperamento in capite hærente. Alciat. *d. loco.* Cæterum horum dementium quoque census habendus, in iisque non unus gradus constituendus. In quibusdam enim (ut antea memini,) cognitionum ille fons magis turbatus, in quibusdam minus. Non ergo sequitur, demens est, ideo negotium nullum recte gerit, nam accidit, aliquem in nonnullis tantum dementem, vel aliquando, vel leviter oppressæ mentis esse, in cæteris, rebus suis bene consulere. Imo ratio hominum quoad cætera sanæ mentis circa particulare quoddam errare potest. Juvat hac de re Pauli Zachiæ inferre verba, *Lib. 2. Tit. 1. quæst. 9. n. 20.* sic habentia: *Quibus etiam illud addam (quod mirum videri legentibus poterit, cum tamen fortasse res non aliter se habeat,) quod si ob errorem peculiaris alicujus opinionis hi pro mente captis judicandi, & idcirco ut tales à multis Civilibus actibus prohibendi, timeo, ne pene omnes homines ob eandem causam inter dementes comprehendi debeant, nam quis hominum est, qui non habeat suas hæreses, à quibus eum avellere ne cæterorum quidem universorum hominum conatus sufficeret.* Quamobrem jure cum Horatio *lib. 2. Sat. 3. v. 121.* affirmare licet, quod

Maxima pars hominum morbo jactatur eodem.

Lepidissima illa Horatii hanc in rem scripta Satyra omnino legi meretur. In eundem quoque sensum proverbio illo utimur: Ein jeder Mensch habe seinen eigenen Wurm. Sed nos, ut Quæstionem de dementibus breviter enodemus, eam demum dementiam vitiare promissiones aliosque actus existimamus, quæ tanta est, ut demens inde ad naturam pecudum accedat, sicuti vult Dautius *de Testam. Tit. Qui Testam. fac. poss. n. 218.* vel saltem, uti lenius Thesaurus dicit *Decis. 92.* ut infanti vel puero similis sit, quod si enim fatuo plus judicii sit quam puero, testari, aliaque agere poterit, quemadmodum judicavit Senatus Pedemontanus, teste Thesauro *d. loco.* Romæ quondam fuisse approbatum Testamentum dementis, autor est Valer. Max. *lib. 7. c. 8.* Ut etiam de Melancholicis quid dicamus, quamvis ii à Cicerone *lib. 3. Tusculan. Quæst.* & à Medicis, frequenter furiosis comparentur, Græcique melancholiam dicant quem nos furorem appellamus, revera tamen in ordinem dementium potius referendi

rendi sunt. In Jure nostro hoc vocabulum rarius occurrit, repertum tamen nec pro furioso nec pro tali menti capto accipitur, qui testari aut promittere non possit, sed pro leviori animi vitio, quale etiam est nimia timiditas, avaritia, iracundia, quæ etiam in homines alioquin sane mentis cadunt, *l.* 1. *in fin. & l.* 2. *ff. de Ædilit. Edict.* Ex quibus sequitur, quod talis Melancholicus non possit adversus promissionem à se factam superiorem Exceptionem proponere. Cæterum de Melancholicis, attonitis, catalepticis, phreneticis, ecstaticis, fanaticis, hydrophobis, & similibus, plura hic adducere instituti nostri ratio non patitur. Plenissime de iis tractat Paulus Zachias *in Quæstionib. Medico-Legal. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 9. *& multis seqq.*

Eadem ratione

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: dormiens tibi promisi, ideo exinde non obligor.

Dormientes sæpe verba facere, occulta confiteri, de lecto surgere, domestica negotia gerere, arma induere, aliaque agere, sæpe etiam ad interrogata apte respondere, à pluribus traditum est & experientia constat. Hinc Lucretius *lib.* 5. *de Rer. Nat. v.* 1157. 1158. 1159.

Quippe ubi se multi per somnia sæpe loquentes,
Aut morbo delirantes prograxe ferantur;
Et celata diu in medium peccata dedisse.

Reperiuntur etiam, qui interdum vel insania, vel alio morbi genere statis Lunæ temporibus agitantur, ita ut de nocte inscii & nolentes quasi surgant & ambulent, quos noctambulones, noctivagos, lunaticos, Mohnsinnig, wahnsinnig appellant. Bartol. *in l. ut vim.* 3. *ff. de Just. & Jur.* se vidisse refert, Pisanum quendam alto so-

pore pressum se è lecto erexisse, sumtisque armis deinde per Civitatem cantando cursitasse. Laurentius, & post eum Cardinalis Zabarella *in Clement. un. de Homicid.* affirmant, se quendam habuisse socium Anglicum, qui dormiens Parisiis de nocte evixerat, usque ad Monasterium D. Benedicti ad Sequanam, quo facto domum reversus adhuc dormiens se in lecto collocaverat. Plura hujus argumenti tradunt Martinus Delrius, Levin. Lemnius *de Occult. Naturæ mirac.* & alii recensiti à Zachia *d. lib. 2. Tit. 1. quæst. 12.* Quæritur itaque, si dormiens forte stipulanti decem spoponderit, an obligetur? & respondetur quod non, quia in somno mentis occasum existere certo certius est, quiescit enim mens si non ab omnibus, saltem à præcipuis suis muniis exercendis, hinc dormientes furiosis comparantur, Text. elegans *in cap. majores, §. fin. extra. de Baptismo.* hinc Aristoteles *lib. 5. de Generat. animalium cap. 1. somnum ex sua natura talem esse dicebat, ut animal inter esse & non esse constitueret.* Et Plato *lib. 7. de Legib.* inquit, *nullus dormiens alicujus est pretii, nihilo magis quamvis qui vivus non est.* Quare concludunt Doctores, dormientem non magis obligari quam absentem, furiosum, mortuum. Menoch. *de Arbit. Jud. quæst. lib. 2. cas. 326.* Decius *in l. ut vim. 3. ff. de Just. & jur.* Damhouderius *in Pract. rer. criminal. cap.* 84. Gail. 2. *Observ.* 110. *n.* 30. ibique allegati. Quod quidem quantum ad promissionem attinet, indubium est, sed si dormiens forte homicidium, stuprum aut simile delictum commiserit, distinguendum videtur, (1.) an dormiens forte assuetus sit ac sciverit, se in somno surgere & arma capessere, aliosque lædere, an non? (2.) an sciverit, animum suum vel ira adversus inimicum, quem postea occidit, vel amore erga puellam, cui stuprum intulit, valde commotum esse? (3.) an harum rerum omnium sciens & prudens, in eodem cubiculo vel tali loco dormierit, ex quo delictum facile perpetrare potuit? quibus concurrentibus etsi non doli, (quia quemadmodum furiosus non intelligit, *l. 12. de Jud. l. 5. de Reg. J.*) tamen culpæ reus erit. Pœna ordinaria secundum communem Dd. opinionem non punitur, ut ex P. à Placa *lib. 1. Delict. 31. n. 3.* refert Clar. Vid. Menoch. Damhouder. Zachiam *d. locis.*

Pari

Pari ratione

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: ebrius fui, cum decem illa promisi.

Ebrietas à Senec. *Epist.* lectu digna. 84. furor & insania voluntaria dicitur, & Plato *in Timæo* censet, quod ebrietas animam cum corpore calefaciat, ex quo ipsam aberrare, & à nobilissimo suo munere desciscere necesse sit. Aristoteles quoque *lib.* 3. *Problem.* 1. eumque secuti alii, multiplicis generis insaniam vino adscribunt, prout varia sunt bibentium temperamenta, aliquando enim simile phrenesi delirium, aliquando Melancholiam, nonnunquam maniam & furorem, interdum oblivionem, teste Euripide, & similes defectus excitat, cucuscunque autem generis sit Mentis ista perturbatio, certum est, ea lædi principem animi partem intellectum. Confirmant hæc quæ Critias *ap. Elog. Athæn. l.* 10. *c.* 11. habet, sic Latine versa: §.4.

Cum demens furit ebrietas ——
Caligant oculi, fuscatque oblivio mentem
Ingeniumque simul judiciumque perit.

Sic læduntur etiam intellectui inservientes facultates, Zachias *d. lib.* 2. *Tit.* 1. *quæst.* 11. Unde Theognid. *Carm.* 480. ita canit:

Quisquis autem præterierit potus modum, non amplius ille
Suæ ipsius lingua compos est, neque mentis.

Loquitur autem infinita quæ sobriis videntur turpia, Veretur vero faciens nihil quando ebrius fuerit. Ante qui erat Sapiens, tunc stultus est.

Insanos Ebrietatis fructus Alex. *ap. Athæn. lib.* 10. Critias & Virgilius venuste expresserunt. Virg. *in Catalect.*

Arcanum demens detegit ebrietas.
Horat. etiam *lib.* 1. *Epist.* 5. *vers.* 16. 17.
Quid non Ebrietas designat? operta recludit,
Spes jubet esse ratas ——

Eumque plus quam virum prædicat *Flaccus*, qui vino coactus commissum tegat arcanum. Ut merito Picam Baccho dicatam Plutarchus affirmet. Et sic Jus Canonicum statuit, ebrietatem mentis inducere exilium. Textus elegans in *cap. à crapula, 14. extra, de Vita & honestate Cleric.* Unde consequens est, ebrium durante hoc mentis exilio nec ex Contractu, nec ex delicto obligari posse. Uti autem superius animadvertimus, non omnem dementiam vitiare actus illos qui hominibus sanæ mentis tantum conveniunt, ita quoque hic animadvertendum est, esse gradus ebrietatis, aliamque levem, aliam magnam & consummatam esse, quando scil. neque manus nec pes officium suum facere potest, nec enim ubi vino nonnihil incaluit animus, protinus mens exulat, & homo ad quæque inidoneus redditur, sed potius vires animi excitantur, unde in hunc modum ebrius Gallis *gaillard* dicitur. Verum tum demum gesta irrita fient, quando ebrietas summum attigit gradum, quæ ebrium puerum facit quodammodo, & mentis exilium inducit. Cæterum quæritur ubi semel talis ebrietas adest, quamdiu eadem perseverare præsumatur. Sunt, qui non minori quam trium dierum spatio ebrietatem consummatam solvi, præsertim ad effectum, ut ad integram mentis sanitatem rediisse ebrius dici possit, putant, Zachias *d. quæst.* 11. Experientia tamen docet, & Galenus 5. *Aphorism.* 5. observat, non in omnibus eodem modo solvi, in aliis citius, in aliis tardius; & sane reperiuntur, quos somnus paucarum horarum intervallo etiam à magna crapula liberatos, sine ullo mentis incommodo in priorem restituit statum. Dubitare hic liceret, anne de omnibus ebriis idem judicium sit habendum, sive vino, sive cerevisia, sive alia ratione aut potu, (de cujus varietate observes quædam apud supra *d. Balt. Bonifac.*) inebriati fuerint. Siquidem Aristoteles eumque secutus Levinus Lemnius *lib.* 2. *de Occult. Natur. miracul. cap.* 19. existimat: *Quod vinum anteriores capitis partes, Cerevisia posteriores magis lædat.* Unde & Suidæ observatum est, *vino ebrios cadere pronos, cerevisia supinos, nimirum leviores hi sunt minusque*

que oppressi, illi prægraves magis dejecti. De quibus quidem utrum dubium suboriri possit, aut omnia ita se vere habeant, integrum cujivis judicium relinquo. De vini & cerevisiæ quoad præstantiam discrimine, cuivis etiam modice ebrio judicare licebit, de diversitate effectuum utriusque potus, helluo per Experientiam, (nisi memoriam singulorum casuum perdidit,) certiores demonstrationes afferet. Utroque modo intellectum lædi liquet. Etsi autem ebrius furiosis & mente captis sepultis & nescientibus æquiparari possit, *cap. venter. distinct. 95. cap. sane. 15. quæst. 1.* Gail. *&c. l. perspiciendum. 11. § delinquitur. 2. ff. de Pœnis.* hoc tamen inprimis in delictis secundum quid, non simpliciter procedit, cum furor & dementia alia involuntaria, ebrietas autem insania voluntaria, adeoque per se delictum aliquod sit, ut apparet ex *capitulo Sane. 7. & cap. inebriarunt. 9. caus. 15. quæst. 1. cap. 9. distinct. 44.* Hinc Aristot. *in Problem. Sect. 30. quæst. 1.* dicit gravius peccare illos qui se inebriarunt quam alios, addit rationem *lib. 3. Eth.* propterea quod causa suæ ignorantiæ sint. Etiam secundum Pittaci legem (cujus additio, quod plures ebrii peccent quam sobrii, vera quidem, sed vim rationis non habet) in quibusdam Rebusp. ebrii duplo majori pœna affecti. Vid. Aristot. *lib. 2. Polit. cap. 10. in fin.* Quam ob causam ab omni pœna, etiam ordinaria ebrium immunem pronunciare non possumus, nam & capitalem tantum pœnam per vinum lapsis remittit. Text. *in l. 7. §. per vin. ff. de Re militar.* quod pluribus confirmat Carpzovius *Pract. Crimin. part. 3. quæst. 146. n. 30. & seqq.* Gail. 2. *observ. 110.* Damhaud. *cap. 84. & ibi allegati.* Malum ergo per se est & turpe, quo sibi & alteri quis nocet, ebrietas, cujus descriptionem Innocentius III. loco etiam Moniti sic reliquit: *A crapula & ebrietate omes Clerici diligenter abstineant, unde vinum sibi temperent, & se vino. Nec ad triennium quisquam incitetur, cum ebrietas & mentis inducat exilium, & libidinis provocet incentivum. Unde illum abusum penitus decernimus abolendum, que in quibusdam partibus ad potus æquales suo modo obligant potatores, & ille judicio talium plus laudatur, qui plures inebriat & calices fæcundiores exhaurit. Si quis autem super his se culpabilem exhibuerit, nisi à superiore commonitus satisfecerit, ab officio vel beneficio suspendatur. cap. 14. extra. de Vita & honestate Clericor.* Verum quemadmodum nec Clerici quidam hunc morem exuêre, ita multo minus Germani in universum antiquissimam suam quamvis fœdissimam

mam consuetudinem, quam ideo Tacitus non injuste perstrinxit c. 22. de Mor. Germ. §. 3. 4. ubi *Diem noctemque continuare potando nulli* (scil. Germanorum) *probrum*, & *sequ. c. 23. Adversus sitim non eadem temperantia. Si indulseris ebrietati, suggerendo quantum concupiscunt, haud minus facile vitiis quam armis vincentur.* Hoc inveteratum nec unquam extirpatum malum Augustissimi Imperatores Romano-Germanici Maximilianus I. Carolus V. Maximil. II. & Rudolph. II., Romano Pontifici cedere nolentes, tollere severe conati sunt. In Comitiis enim Coloniensibus *Anno* 1512. auspiciis Maximiliani I. ita constitutum est: Desgleichen, wiewol das zutrincken in Vorgehaltenen Reichstagen mehr dan einmahl höchlich Verbotten, so ist es doch bißhero wenig gehalten, Vollenzogen oder gehandhabet worden, darumb sonderlich, weil aus dem zutrincken trunckenheit; aus trunckenheit Gotteslästerung, todtschläge, und sonsten Viel laster entstehen, also daß sich die zutrincker in fährligkeit ihrer Ehren, Vernunfft, Seel, Leibes und gutes begeben, So soll in allen Landen eine jede Obrigkeit hoch oder niedrig, geist- oder weltlich, bey Ihr selbst und Ihren Unterthanen solches abstellen, und das bey mercklichen hohen Pönen Verbieten, und so die Vom Adel das nicht meiden wolten, daß den wir, auch Churfürsten und Fürsten, geistlich und weltlich, und alle andere Obrigkeit dieselben schrüchen, und an ihren Höffen und diensten nicht halten, und so einer derhalben geuhrlaubet würde, so soll Ihn kein ander Fürst oder Obrigkeit in ihre dienste annehmen oder halten, die aber so geringes Standes weren, sollen sie an ihren leibern härtiglich drumb straffen. Und ob einige Obrigkeit in handhabung und Vollenziehung solches gebottes gegen Ihren Unterthanen säumig oder läßig würde, so soll unser Keyserl. Fiscal solche Unterthanen, so überfahren hatten, an unserem Keyserl. Cammergericht zu gebührlicher Straffe fürnehmen. Huic Constitutioni consentit Reformatio Politica *de Anno* 1530. Item Reichs-Absch. *de Anno* 1548. Tit. Vom Zutrincken. Item die Reuter-Bestallung zu Speyer, aufgerichtet *Anno* 1570. *art.* 48. & *seq.* Sed optimas hasce Constitutiones Germanos Baccho nimium deditos contraria consuetudine antiquasse, autor est Gail. *lib.* 2. *observ.* 110. *n.* 24. Imo optimas istas sanctiones in contemptum & risum abiisse, atque Germaniæ Nobiles inter compotandum sibi invicem haustum in Constitutionem Imperii de Ebrietate propinasse, his verbis: Es gilt dir auf den Reichs-Abschied vom Vollsauffen,

ex

ex Kirchnero & Latero refert. Carpz. *d. quæst.* 146. *n.* 26. Confirmarunt tamen Serenissimi Electores Palatini, Saxoniæ, & alii Status, dictos *Recessus Imperii* in suis Territoriis.

Sic etiam

Titio petente decem, Sempronius juste excipit: magno amore percitus fui cum hæc promisi, ideo solvere non teneor.

Summus ille Cognitionum opifex *mens* officium suum non semper exequitur inter amantes, qui cum Plauto & Ausonio amentes sunt, & ab amentia nomen suum accepêre, imo vero maniaci ac furiosi plerumque comperiuntur, præprimis quando amor ita libidinosus est, tum enim, (ex naturali ratione) mentis portionem & cerebri partem, totamque interdum animam perire necesse est. Non opus est Narcissi, Ixionis, Antiphonis, & aliorum qui Poetarum fabulis celebres sunt, stultitiam & exitium huc afferre. Pindarum, Speusippum, Quintum Haterium, Cornelium Balbum, Bertrandium, Ferrerium, aliosque Venere periisse legimus, quamvis hanc mortis speciem Naso & Propertius stulte sibi exoptarint. Balth. Bonifac. *lib.* 16. *Hist. Ludicr. c.* 16. Inter insanos itaque amantes non imum locum tenere, & iis connumerari certum est, Barbosa *in capit. cum in juventute.* 15. *n.* 5. *de Præsumpt.* Mascard. *de Probat. conclus.* 86. *n.* 20. Bald. *in l.* 2. *§. & cum placuisset.* 24. *ff. de Orig. Jur.* Gail. 2. *observ.* 110. Et Propertius *lib.* 2. *Elegiarum* 12. dicit: *Sine sensu vivere amantes.* Unde Hucherus, quem laudat Zachias *d. lib.* 2. §. 4. *quæst.* 10. Amorem ita definit: *Amor* (inquit) *dicitur atrabiliaria, hoc est melancholica quædam animi desipientis ægritudo, pulchritudinis alicujus imagine & iniqua æstimatione perciti ac perturbati.* Hanc mentis ægritudinem egregie Plautus depingit *in Pænulo act.* 4. *scen.* 2. Experientia enim propria omnium cruciatuum memoriam ei revocabat, §. 5.

Jactor (inquit) *crucior, agitor, stimulor, versor in amoris rota miser.*

Exanimor, feror, differor, distrahor, abripior, ita Nullam mentem animi habeo, ubi sum, ibi non sum, ubi non sum, ibi est animus, &c.

Quinimo præter internos sensus & operationes intellectus, externos quoque sensus occupat amor, nam Plato *lib. 4 de LL. in princ. Occæcatur* (inquit) *is, qui amat, circa id quod ab ipso amatur, ut juxta & bona & mala male judicet*, id quod suum est, veritati semper præferri oportere putans, & idem Plato de Amicitia ait: *Quisquis amat, hallucinatur & cæcutit in eo, quod amat. Ut adeo amator in proprio Corpore mortuus, in alieno vivere videatur.* Tiraquell. *de LL. Connub. l. 13. n. 49.* & quemadmodum sensus externi & interni in dormiente vacant & quiescunt, ita quoque in amatore quiescere videntur, qui dormienti assimulatur, Menoch. *de Arbitrar. Iudic. quæst. Centur. 4. cas. 317. & seqq. n. 1.* Sed quid refero aliorum sententias? Jus ipsum Amorem furorem, eoque nihil vehementius esse dicit, in *Nov. 75. c. 4.* Quare non est mirum, si JCti omnia illa in amantibus locum habere dicant, quæ supra dementibus tribuimus, Menoch. *de Arbitr. Ind. quæst. cap. 326. n. 1.* Farinac. *in Praxi Criminal. lib. 3. part. 2. Tit. 2. quæst. 98. cas. 13. n. 78.* Bœrius *decis. 23. n. 75.* Tiraquell. *de Pœnis temperandis, caus. 4.* Clarus *§. fin. quæst. 60. n. 10.* Ubi ita aliquando judicatum testatur, & propter furorem amoris delinquenti parcitur. Et non aliter Carpz. *Pract. Crimin. part. 2. quæst. 61. n. 59. & seqq.* Quæ omnia recte se habent, si amor tam enormis sit, ut inde mentis exilium inducatur.

Atque sic

Titio petente decem, Sempronius valide excipit: errore promisi, ideo à solutione immunis sum.

§. 6. **Ubi adest error, nullus esse potest consensus, nec voluntas, quia error semper cum ignorantia conjunctus est, prout Aristot. id *lib. 3. Eth. c. 2.* eleganter docet, & in eundem sensum *l. si per errorem. 15. ff. de Iurisd. l. 116. ff. de R. I.* insuper *l. 2. ff. de Iudic.* extant. Voluntas**

luntas enim ex intellectu & appetitu constans in errante recta esse nequit; quare errans non videtur se obligare, neque recte paciscitur. Eleganter itaque JCtus Ulpianus *in l. 9. ff. de Transaction. Qui per fallaciam cohæredis, ignorans universa, quæ in vero erant, Instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur quam decipitur.* Et in eadem Lege paulo post, *iniquum est perimi pacto id, de quo cogitatum non docetur.* Adde *l. 83. §. 1. ff. de Verb. Oblig & l. 137. §. 1. ff. eod. Tit. §. si de alia re. 22. Instit. de Inutil. stipulat. l. 9. 10. 11. ff. de Contrah. Empt.* Error autem multiplex est, alius gravior, alius levior, alius circa rem, alius circa qualitates. Vid. *caus. 39. qu. 1. per tot. & Dd. passim.* quas distinctiones venire ex Jure Romano, & quasdam non satis veras & accuratas esse Grotius, imo de pacto errantis in universum perplexam esse tractationem, existimat *lib. 2. de I. B. & P. c. 11. §. 6.* Sane ad superiorem quæstionem non sufficit quilibet error, neque enim error nominis promissionem vitiat, *l. 22. & 32. ff. de V. O.* Neque obstat, si librarius in describenda stipulatione erraverit, *l. 92. ff. de R. I. l. 2. C. de Error. Advocat.* Denique errorem talem probari oportet, qui movit exceptionem erroris allegantem, ad aliquid faciendum vel omittendum. Riccius *in Collect. decis.* 2871. Qualiter autem probetur ille error, docet Cavalcanus *lib. 3. decis.* 19. Et eo ipso, quod demonstratur rem aliter se habuisse, error dicitur probatus, Riccius. *d. loco.* Quæritur autem, si Instrumento indicatum sit, rem ex certa scientia Sempronii gestam esse, an nihilominus habeat locum exceptio erroris? Affirmatur *l. fin. §. Idem quæsivit. 3. ff. de Condict. indeb* ibique Dd. communiter. Ratio est, quia eadem facilitate, qua quis inducitur ad contrahendum, induci quoque potest ad renunciandum Exceptioni erroris, & ad dicendum, omnia ex certa scientia gesta esse. Plura de hac Exceptione in factum, sive erroris, (ita enim dicitur, quod factum duntaxat narretur, rem scilicet aliter se habere, atque ab actore dictum, est) Vide apud Zangerum *in Tract. de Except. cap. 10. n. 106. & multis seqq.*

Sic etiam

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: dolo inductus fui ad promittendum, ideo solvere non cogor.

§.7. *Dolo* deceptus qui promisit, maxime erravit & intellectu destitutus fuit. Vulgariter dolum dividentes in eum, qui est ex proposito, & eum, qui descendit ex re, erroris citra injuriam convincuntur, quippe quod hic ultimus proæresi (omnium bonarum vel malarum actionum fundamento) destitutus sit. Nec placet variis Theologorum, JCtorum, Philosophorumque nos inaniter torquere descriptionibus: Sed Dolum cum Labeone *l.* 1. §. 2. *ff. de Dol. mal.* accipimus, pro omni calliditate, fallacia, & machinatione, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, Paulus *lib.* 1. *Recept. sentent. Tit.* 8. *de Dol.* sicque excluditur dolus bonus, vocabulum, si corticem inspicias, valde rude, usitatum tamen, & *arg. l.* 1. §. 2. definitum: Astutia sibi alterive consulendi, solertia seu simulatio quædam sæpiarum aut Polypi genio facta, cujus neque apud Hostes (suffragio Politicorum & Historicorum) vetitum exercitium. Nos jam de dolo malo, (quod hodie perpetuum fere Epitheton, secus ac olim, Wissenb. *d. t.*) Cum ergo per istam deceptionem & fallaciam contrahenti glaucoma aliquod objiciatur, quo excœcatus in propria damna & incommoda ruat, naturalis tamen ratio non patitur, ut dolus cum alterius detrimento alicui quæstuosus sit, *l. ne ex dolo.* 12. *ff. de Dol. mal. l. in fundo.* 38. *in fin. ff. de Rei vindicat. l.* 134. *in fin. de R. I.* sicque bonæ fidei sinceritati, qua vitæ societas continetur, quia Contractus ea conservantur, *l.* 4. *C. de Oblig. l.* 31. *ff. Depos.* damnum inferatur, hinc contra fraudes istas & actio & exceptio doli prodita est. *t. t. ff. & C. de Dolo malo. & t. t. ff. de Dol. mal. & met. except.* Quando autem dolus non est unius generis, & diversos habet effectus, operæ pretium fuerit in hanc rem nunc penitius inquirere, & tam doli, quam negotiorum distinctionem contemplari. *Dolus* autem alius dat causam contractui, alius in ipsum incidit. Prior est fallacia illa qua quis inducitur ad contrahendum, alias plane non contracturus: ut si tibi nullum annulum desideranti falso persuadeam, ut eum emas, quod is à Majoribus tuis gestatus fuerit. *Dolus incidens* est fallacia, qua totus quidem Contractus non extitit, sed tamen is qui alias quidem contracturus erat, circa rei valorem, qualitatem, aut modum contrahendi deceptus est, forte ut carius emerit. Quibus præmissis sequentes hæ Regulæ observandæ sunt: (1) Dolus dans Causam Contractui bonæ fidei, facit eum ipso jure nullum, ut

actio

actio exinde non detur, *l.* 3. *§. ult. ff. de Dol. mal.* Schneidew. *ad §. action.* 28. *Inst. de Act. n.* 24. Gail. 2. *Observ.* 2. *n.* 6. Covarruv. *in cap. possessor. Part.* 2. *§.* 6. *n.* 5. Dissentit Wesenb. *in Paratit. ff. de Dol.* Coras. 2. *Miscellan.* 8. *&* 9. Johan. Faber. & alii.

(2.) Dolus incidens, Contractus bonæ fidei nullos non facit, sed tum datur actio ex ipso Contractu, ad damnum fraude illatum resarciendum, *l.* 7. *pr. §.* 3. *b. l.* 9. *pr. b. l.* 13. *§.* 4. *&* 5. *ff. de Act. emp. l.* 2. *C. eod.* aut, si conveniatur dolum passus, purgatur dolus Exceptione doli, quæ omnibus b. f. judiciis inest, *l.* 21. *l.* 84. *§.* 4. *de Legat.* Bargalius *de Dolo lib.* 2. *cap. de dolo incidenti.* Carpz. *Jurispr. Forens. part.* 2. *Const.* 34. *Defin.* 9. *n. ult.* Schneidew. *d. loc. n.* 30. *& seqq.*

(3.) Dolus, sive det causam Contractui stricti juris, sive incidat in eundem, nec annullat Contractum, nec facit, ut actio exinde competat, ut in b. f. judiciis (strictam namque habent interpretationem; sed pro re nata competit actio vel exceptio doli, *d. l.* 7 *l.* 36. *de V. O. l.* 5. *C. de Inutil. stipul. l. ult. b. t.* Vide Dd. supra allegatos & Mynsing. 4. *Observ.* 37. *&* 6. *Observ.* 38. Hartm. Pist. *lib.* 1. *Quæst.* 23. & plenius accuratiusque *Exercitat. Magnifici Dn. Præsidis* ad Pandect. *ad Tit. de Dol. mal. n.* 3. *& seqq.* ubi ad contraria solidissime respondetur. Cætera huc pertinentia vide apud Dd. *ad Tit. de Dolo malo. & Tit. de Dol. mal. & met. excep.* Zangerum *de Except. part.* 3. *cap.* 13. *& totum Tractatum* Bargalii *de Dolo.* & quoad Jus naturæ sæpius citatum H. Grot. *lib.* 2. *de I. B. & P. c.* 11. *n.* 6. It. Jacob. Godofr. *Comment. ad l. aueam.* 23. *de R. I.*

Ex eodem fundamento,

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: Contractus simulatus est, ideo ex illo solvere non teneor.

Simulatio est quædam falsitatis imago, veri superficiem, non §. 8. autem medullam habens, ut ex Baldo *in l. & qui.* 10. *n.* 1. *C. de Distract. pign.*

pign. & aliis tradit Trentacinquius *Variarum Resolut. lib. 1. n. 1.* Vel simulatio est fictio seu ostensio falsi pro vero, sive fraus interveniat, sive non, Oldendorp. *in Enchirid. Except. Tit. de Except. simulat. fol.* 173. Hæc autem simulatio à dolo distinguitur. Labeo enim ait, posse sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse & sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, *l. 1. §. 1. de Dol. mal.* Ut adeo hæc hæc Exceptio à superiori diversa sit. Communiter autem Dd. tradunt, trifariam committi simulationem, totidemque modis Exceptionem parere. Bartol. *Consil. 65. in prima parte.* Bellamer. *Decis.* 716. Trentacinq. *d. l.* Nos malumus hanc rem convenientissimis Oldendorpii verbis, quam nostris exponere: Primus modus est, si inter aliquos conveniat ante Contractum, vel inter contrahendum, vel paulo post Contractum, ut aliud fingatur ex scripto, vel coram testibus, quam revera sit actum.

Veluti cum donatio fit sub prætextu Venditionis, *l. Empti fides. 9. C. de Contrah. Empt.* Vel pignus sub colore Emptionis, *L. Empt. 3. C. Plus valere quod agitur.* Vel dotis datio sub commento depositi, *L. Lucius Titius cum haberet. 27. ff. Depos.* Vel venditio sub specie institutionis, quam investituram vocant, *Tit. de Prohibit. feudi alienat. §. callidis.* Vel illicita pactio sub specie mutui, *l. 111. C. de Postul.* Effectus Exceptionis, quæ propter talem competit simulationem, est, ut rejecto Contractu fictio maneat ille, qui vere intercessit, acquiranturque ex eo, quæcunque solent & possunt jure acquiri, *d. l. Empti fides. & cæteris.* Probare tamen circa hanc Exceptionis speciem oportet, quod post verum Contractum simulata Pactionis formula alterius Contractus sit ex continenti adjecta. Alioquin per intervallum temporis videretur sine simulatione à priore Contractu recessum, *l. cum in plures. 60. §. locator horrei. 6. ff. Locat. & conduct. l. pacta novissima. 21. C. de Pact.* Bartol. *l. Non solum. 8. §. morte ejus. 6. ff. de Novi oper. nunciat.* Secundus modus est: Si verbotenus quidem proponatur aliqua negotii formula, ex mente tamen convenientium non fit, ut quicquam agatur. Puta si quis metuens Tyrannidem Magistratus, vel exactionem magnam, vendat aut donet alicui omnia bona sua, id tamen cum eo agens, ne sit vera venditio vel donatio. Hæc simulationis species nullum prorsus habet effectum, sed nudum

reddit

reddit imaginarium & nullius momenti negotium. Ulpian. *ff. de Contrab. Empt.* Nuda (inquit) & imaginaria venditio pro non facta est. Et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur. Modestinus *ff. de Obligat. & act.* Contractus (ait) imaginarii etiam in Emptionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate. Cajus *de Rit. Nupt.* Simulatæ nuptiæ (inquit) nullius momenti sunt.

Unde nec quicquam juris tribuit in rem vel in personam, *l. Emptor. 12. ff. de aqua & aq. pluv. arcend.* dum dicit: Nisi simulata venditio est. Possessionem quoque non transfert, ubi specialiter non fuerit pactum. Nam in dubio sicut Contractus est simulatus, ita traditio quoque possessionis simulata præsumitur, teste Bartol. *d. l. Emptor.* Qui allegat *l. cum propria. 5. C. Si quis alteri vel sibi.*

Marcellus *l. Sulpitius. 49. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* Respondi (inquit) si color vel Titulus (ut sic dixerim) donationi quæsitus est, nihil valebit traditio, id est, si hoc egit uxor aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus.

Tertius modus: Adjiciunt Commentatores simulationis speciem hanc, quando per pactum adjicitur breve tempus, quo durare debeat Contractus. *l. is qui suis nummis. 4. §. si ab ignoto. 2. ff. de Manumiss.* Ab initio enim (inquit Ulpianus) hoc agi debet, ut imaginaria fiat Emptio & per fidem Contractus inter Emptorem & servum agatur. Hodie autem ex pacto retrovendendi (ut vocant,) nulla præsumitur simulatio. Nam jure permissum & receptum est, ut tempus redimendi in arbitrium vendentis ponatur, *l. 11. C. de Pact. inter Empt. & vendit.* Cui affinis admodum est *l. si cum venderet. 13. ff. de Pignor. act.*

Cæterum si alia quoque accedant huic redemptionis Pacto indicia, puta; modicitas pretii, egestas venditoris qui mutuam rogaverit pecuniam, nascitur conjectura simulationis. *c. ad nostram. 5. de Empt. & vendit.*

Com-

Competit utrique contrahentium, alteri adversus alterum, ut petat rescindi id quod actum est, quatenus de facto processit, Paul. Castrens. *in Tit. C. Plus valere quod agitur.*

Hæredibus quoque conceditur, & adversus hæredes contrahentium, *l. non verum.* 15. *C. de Donat. inter Vir. & Uxor. l. quamvis.* 4. *& l. cum propria.* 5. *C. Si quis alteri vel sibi.* Hactenus Oldendorp. *d. l.* Plura de simulatione Contractuum vide apud Trentacinq. *d. loc.* & inprimis apud Vitalinum de Cambanis *in Tractatu Clausularum, pag.* 182. *& multis seqq.* Cæpollam 3. *Consil.* 51. Craveit. *Consil.* 990. Anton. Fabrum *in Cod. Tit. Plus quod agitur.* Besold. *parte* 3. *Consil.* 93. Gilhausen *Arbore Civili cap.* 5. *ramusculo,* 10. *n.* 105. Joseph. Ludovic. *Conclus.* 51.

Sic &

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: vi metuve promisi, ideo solvere non teneor.

§ 9. Nihil consensui tam contrarium esse, qui bonæ fidei judicia sustinet, quam *vim* & *metum*, docet *l.* 116 *ff. de R. I.* Definitionem metus, qui est affectus ortus ex imminentia mali quod expectamus, Aristot. *lib.* 3. *Eth.* 9. *&* 2. *Rhet.* 5. ut & Ulpian. *l.* 1. *ff. Quod. met. caus. & l.* 5. *h.* reliquerunt. Vis ab Aristot. *d. loc. accurate, nec minus* ab Ulpiano *in l.* 1. *ff. quod metus causa* definitur: majoris rei impetus, qui repelli non potest. Invita autem semper est quoad principium actio per metum commissa, in se & respectu ultimi est ultronea ac spontanea, Aristot. 3. *Eth.* 1. quamvis alio sensu mixta secundum Aristot. sive media dicatur, quia patiens ad actionem aliquid confert. Actio autem violenta principio omni destituta atque voluntate. Quare minus tutam Ulpiani observationem, vim cum metu confundentis, censuit. I. Godofr. *d. l.* Utroque modo voluntati liberrimæ habenas injici nemo dubitabit, vimque etiam metum denotare, & eos-dem

dem quoad rescissionem negotii habere effectus in Jure. Hahn. *ad Tit. ff. Quod metus causa.* Utrum vero vis ac metus consensui magis sint contraria, quibus impeditur voluntas, anne vero dolus & cætera quibus intellectus, dubitari posset. Sane quodcunque fortius illa quæ consensum constituunt, impedit, magisque molestum, id etiam consensui magis contrarium. In vi & metu autem hoc deprehendimus. Nam si cogimur, scimus aliquid esse malum, & nihilominus ad id appetendum adigimur, quod certe voluntati, non nisi in bonum (seu veritate seu opinione tale ferri assuetæ) maxime molestum. Ast si impeditur intellectus, minus difficultatis subest. Ignoti enim nulla cupido. Præterea si illud scivissemus forte non voluissemus, ast licet sciamus, cum cogimur, nihilominus faciendum. Eichel. *ad Reg. jur.* 116. Hæc ita Philosophice. Exceptio tamen metus cognata est Exceptioni doli, adeo ut Cassius eam non proposuerit, contentus exceptione doli, sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem, siquidem differt à doli Exceptione, nam Exceptio doli personam tantum complectitur ejus, qui dolo facit. At metus causa Exceptio in rem scripta est, etsi in ea re nihil metus causa factum sit, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecerit aliquid, sed an omnino metus causa factum sit in hac re à quocunque, & quamvis de dolo autoris exceptio doli non objiciatur, tamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab autore, verum etiam à quocunque adhibito exceptio objicii possit. Text. *in l.* apud Celsum 3. §. *met. caus.* 73. *ff. de dol. mali except.* Facit Lex *item* 14. §. 3. ibique notata *ff. quod met. caus.* Zanger. *part.* 3. *cap.* 1. *n.* 99. Quin & hoc interest inter dolum & metum, quod qui dolo circumventus est, plane nihil intelligat adeoque nullatenus consentiat, unde etiam suo modo negotium ipso jure nullum esse ante diximus. Qui autem vi metuve ad promissum adigitur, ille rem quidem intelligit, imo etiam quodammodo appetit, (posset enim vim sustinere & malum quod metuit eligere potius, quam promittere) attamen quoniam coacta voluntas non est proprie voluntas, ideoque & actione & exceptione quod metus causa promissor juvatur, & promissum rescinditur, non enim ipso jure nullum est. Requiritur autem, ut metus non sit vanus, vani enim timoris nulla est excusatio *l. vani ff. de R. J.* Neque reverentialis *l. 22. ff. de rit. nupt. l. 26. §. 1. ff. de pignor.*

Sed talis, qui in constantem hominem cadat *l.* 5. *& 6. ff. quod met. caus. l. 9. C. eod. l. 3. ff. ex quib. caus. major.* Qualem Judex pro varietate circumstantiarum judicabit. *arg. l. 32. ff. de usur.* Frustra superiorem istam exceptionem allegabit, qui precibus potentiorum aut metu accusationis quid promisit *l. 6. junct. l. penult. & fin. C. quod met. caus. l.* 8. 9. 10. *eod.* Secundo requiritur, ut metus vi injusta inferatur *l.* 9. *C. eod.* Tertio requiritur, ut metus sit præsens *d. l. 9. princ. ff. quod met. caus.* minæ non sufficiunt, nisi minitans eas exequi solitus aut executio aliunde metuenda sit *d. l. 9. pr. l. 3. ff. eod.* Latius de his agunt *DD. ad dd. tt. quod met. caus.* item *ad Tit. de dol. mal. met. except.* Nobis hisce exemplis breviter illustrasse sat est fontem Exceptionum, quæ occasione intellectus vel appetitus deficientis nascuntur.

CAPUT VII.

SUMMARIA.

1. *Obligatio successoris in regno.*
2. *De monopolio.*
3. *Pactum de futura successione.*
4. *De quota litis.*
5. *De impossibili.*
6. *Promissio alium daturum facturumve.*
7. *Rei alienæ.*
8. *Litigiosæ.*
9. *Rem suam nemo stipulari potest.*
10. *De bis promissis.*
11. *Res extra commercium.*
12. *Non existens.*
13. *Feudalis.*
14. *Fideicommissum in contractum deductum.*
15. *Merces bello aptæ.*
16. *Divortium bona gratia.*
17. *Actio minoris vendita.*
18. *Fructus in herbis venditi.*

19. *Pa-*

19. *Pactum usurarium.*
20. *Alea perditum.*
21. *Obstagium.*
22. *Pactum super crimine.*
23. *Fundus dotalis.*
24. *Res minorum.*
25. *Transactio super alimentis futuris.*

Exceptionibus quæ ratione causæ Efficientis tam remotæ, quam proximæ oriuntur, jam expositis, dicendum post hæc de illis, quas materia producit. Licet enim stipulator & promissor ejus conditionis sit, ut nihil obstet quo minus ille accipiat, & hic promittat nisi tamen promissio ita comparata sit, ut in conventionem ad producendum Obligationem aptam venire possit, ipsa promissio inutilis. Cum ergo substantia obligationum in eo consistat, ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum, *l.* 3. *pr. ff. de Obl. & Act.* mihi in illarum debilitatem inquirenti nihil, quod huc facere possit, prætermittendum. Consideranti autem, quot sæpe ineantur Conventiones de rebus, quarum præstandarum necessitatem sæpe Lex, sæpe rei ipsius natura tollit, omnia hæc nonnihil distinctius excutienda videbantur. Quocirca observandum, in obligationem venire, vel res vel *facta*, addunt alii *pœnam*, quæ lui sustinerique debet. *Colleg. Argent. Tit. de Obl. & Act.* Res hic specialiter accipitur pro ea, quæ dari, tradi, restitui vel exhiberi solet. Circa res specialius sic dictas requiritur imprimis, ut sint commercio hominum subjectæ. *l.* 1. §. 9. *ff. de obl. & Act.* §. 1. *&* 2. *Inst. de inut. stipul. l.* 34. *ff. de V. O. l.* 62. *pr. ff. de contr. Empt. vend. l.* 40. 41. §. 3. *l.* 114. *ff. de Legat.* 1. Sive ejus, cui Obligatio acquirenda est, sive Creditoris. Sunt autem quædam res simpliciter Commercio exemptæ. *arg. l.* 83. §. 5. *de V. O.* §. 1. 2. *I. de R. D.* Quædam secundum quid, *arg. l.* 11. §. 16. *de Leg.* 3. quæ vel certo tempore, vel certis personis, vel à à certis personis, aut aliis quibusdam in casibus non recte promittuntur, quandoque tamen in Obligationem venire possunt. In facto desideratur, ne sit alienum, §. 3. *Inst. de inutil. stipulat. l.* 65. *ff. de fidejuss. l.* 83. *de V. O.* Ne sit impossibile. *l.* 1. §. 11. *l.* 31. *ff. de Obl. & Act. l.* 35. *ff. de V. O.* nec turpe, §. 23. *Inst. de inut. Stipul. l.* 2. §. 1. *l. ult. ff.* §. 1.

 de

de condict ob turp. cauf. l. 57. *ff. pro soc.* ne sit contra bonos mores. *l.* 4. *C. de inut. stipul.* vel contra formam juris. *l.* 7. §. 14. *l.* 27. §. 4. *ff. de pact.* Quicquid itaque promittitur in obligationem deducendum, illi nec jus, nec contrahentium, nec etiam materiæ qualitas adversa esse debet, secus exceptionibus relinquitur locus.

Hinc

Titio petente mille Rex Cajus juste excipit: promissa hæc ab antecessore meo cujus in Regnum successi, ideo servare ista non teneor.

In confirmanda hac Exceptione subtilissimis utendum Exceptionibus singularique cura, quia materia gravis est, tamque digna accuratiori lima quam vulgariter hactenus confuse tractata, & quod notandum, à multis ictis minus idonee perquisita. Principio traditur regulariter, quod non solum ille Rex seu Princeps qui promisit, sed & successor id quod antecessor contraxit ratum habere & observare teneatur, ut post Bald. *ad c.* 1. *de nov. form. fidel.* consulendo affirmavit Tib. Dec. *Resp.* 25. *n.* 14. *vol.* 1. & Rul. à Valle *Consil.* 66. *n.* 83. successorumque alias servandis pactionibus & debitis decessoris exsolvendis obstringi affirmant *DD. l. digna vox C. de ll.* tanquam privatum *Dd. communiter* Tib. Dec. tamen distinguit, utrum Principis successor veniat jure hæreditario ad successionem, ut omnino teneatur, an vero per viam Electionis, ut tum non æque conventioni stare cogatur, (à qua tamen distinctione eum postea recedere, statuitur *in Consil. Marpurg.*) Colligitur autem ex isto *Consil. Marpurg.* 16. *n.* 120. &c. Principem Contractus sui antecessoris servare non statim teneri, si contra morem sui Principatus & non de iis, quæ ad Principatum dignitatemque Principalem pertinent, cum subditis convenerit. Verum accuratius meo judicio distinguitur in hac obligatione successorum, an succedatur in locum antecessoris jure hæreditario, an jure tantum proprio. Primo casu tenetur Princeps. *arg. l.* 14. *C. de rei vindic.* Secundo casu regulariter non obligatur Princeps, ut

ut si summus succedat jure electionis ex lege in dignitate & sceptro aut dependens ex causa particulari v. c. dotis, Emptionis, feudo pactionato. Joach. Mynſ. 4. *Obſ.* 2. Multominus ad conventiones antecessoris illas ex quibus saltem jus ad rem quæsitum erat adimplendas tenentur. Grotius *de J. B & P. c.* 14. ubi de promissis & contractibus eorum, qui summum Imperium habent, tractat, valde subtilis est, & confuse hactenus de iis ab aliis actum memorans, Successores prius distinguit *n.* 10. sintne omnium bonorum simul heredes, ut qui Regnum quod in Patrimonio est Testamento, vel ab intestato accipiunt, an successores Regni duntaxat, puta ex Electione nova aut ex Præscripto. Hi qui in jus Regni duntaxat succedunt, aut partim in bona, in jus Regni vero in solidum, directe qua tales non obligantur, quia jus non accipiunt ab eo, qui proxime decessit, sed à populo, sive ea successio propius accedat ad jus hæreditarium vulgarium, sive absit longius. Dein si quo casu contractus incipiat vergere, non ad damnum modo aliquod, sed ad perniciem publicam, ita ut ab initio Contractus in extensione ad illum casum censendus fuisset injustus & illicitus, tunc non tam revocari eum Contractum posse quam declarari eum non ultra obligare. Hæc Grot. *in d. cap.* passim. Ejusdem sententiæ fere est Bachov. *ad Treutl. Tit. de pact.* Interest (inquit) an pactum sit de re propria & quasi privata; an ad Rempub. pertinente, & hic rursus, an sit Princeps absolutus, an LL. teneatur, an Imperium capessat tanquam Jure hæreditario, an tanquam à populo. Denique an tanquam Administrator Reipub. hujus utilitate id exigente paciscatur Princeps, an secus. Ita ille. Neque tamen ut quidam existimant, res hæc ad naturam negotiorum gestorum exigenda est, ut tum demum ratus habendus sit actus, si utiliter gestus, nam ad tales angustias Reipubl. imperantem adigere ipsi Reip. esset periculosum Grot. §. 12. Observandum insuper fore, utrum antecessor Tyrannus fuerit, quo casu Athenienses pecuniam 30. Tyrannorum auctoritate à Lacedæmoniis sumptam reddendam non censebant, quia Tyranni, non civitas eam mutuam accepissent. Contractibus certe eorum, qui sine jure imperium invaserunt, non tenebuntur populi aut veri Reges, nam hi jus obligandi populum non habuerunt, Grot. *c. d. n.* 14. Quæstio autem de obligationibus successorum non solum in Regio, sed & Aristocratico & Democratico

ſtatu obtinet, dependetque rurſus ex illa quæſtione tanquam ſuo fundamento, quando nimirum ſtatus aliquis dicatur mutatus ſeu forma Regiminis diverſa, de quibus prolixe Ariſtot. *lib.* 3. *Polit. c.* 2. & ad hunc Piccart. quærit, an Oligarchico ſtatu in Democraticum verſo pacta ſive conventa ſtatus olygarchici aut Tyrannici ſervanda ſint. Quod forma Regiminis priſtina plane abolita omnes obligationes à priore ſtatu introductæ ſimul concidant, nec in ſucceſſores tranſeant, non dubitandum, ſecus ſi vel intendatur vel remittatur forma. Diſputantur hæc paſſim, quæ interdum ferro deciſa Martisque arbitrio diremta eſſe liquet.

Cæterum juvat exceptionem hanc noſtram illuſtrare verbis Gailii, qui *lib.* 2. *obſ.* 124. *n.* 4. ſic ait: Quare creditoribus contra ſucceſſorem feudi ad ſolutionem æris alieni agentibus recte exceptio intentionis non fundatæ objici poterit, videlicet: Tibi non competit actio contra me, quia non ſum hæres hæreditatis ſed ſanguinis: Non venio ad feudum jure hæreditario, ſed proprio, ideo ſolutio æris alieni mihi non incumbit per jura allegata, facit optime *textus in l. ſed & ſi ſic.* §. *fin. ff. de Legat.* 1. Alexand. *Conſil.* 19. *n.* 6. *Vol.* 5. *incipe ſuper eo. Idem conſilio* 26. *n.* 3. *eod. vol. incipe ponderatis his.* Et ita in graviſſima quadam cauſa obſervatum memini: Ubi hujusmodi exceptio oppoſita fuit, non ſolum contra chirographarios, ſed etiam hypothecarios Creditores. Hactenus Gail. *d. l.* Hanc exceptionem Franciſcum 2. Galliarum Regem Helvetiis debitum flagitantibus objeciſſe docet Bodinus *de Repub. cap.* 8. *p.* 165. Et Regem Ludovicum undecimum maximas opes Eccleſiis donaſſe, ſed eas, quod immodicæ eſſent & Regni vires atterent, non ſervatas eſſe docet Philippus Cominæus *lib.* 9. *comm.* & obſervat. Reink. *de Reg. S. & Eccleſ. lib.* 1. *Claſſ.* 3. *cap.* 10.

Titio petente à Sempronio promiſſum ſeu pactum ad Monopolium exercendum impleri, Sempronius recte excipit: pactum de re prohibita eſt, ideo ad id ſervandum cogi nequeo.

Mono-

Monopolium (vocabulum origine Græcum, quod priusquam diceret Tiberius, in Senatu excusavit) quid sit, accuratius hic deducere præter utilitatem esse reor, quam autem illius diversæ species Rebusp. sint noxiæ, Politicorum rationes & experientia evincunt. Illarum autem tres potissimum contractæ referuntur. Vel enim Monopolium exercetur (1.) Mercibus, vel rebus, vel (2.) personis vel (3.) loco. *l. un. C. de Mon.* Mercibus fit 1. quando privatim inter Mercatores conventum est, ne merces, coemtæ, nisi certæ constituto pretio vendantur, hæcque species Monopolii alias adhuc sub se continet. Reliquas duas vide apud Marquard. *d. de I. Mercat.* Hæ & cæteræ species monopoliorum privatorum in omnibus bene constitutis Rebuspublicis prohibitæ fuere. Agitur enim sic contra Justit. particularem, minimum adversus charitatem, Hahn. *ad Tit. ff. de serv. export.* Tanta autem est dictæ prohibitionis vis, ut nec sacrum elicitum Rescriptum, nec pragmatica sanctio, vel sacra Pietatis Imperatoriæ adnotatio, contra eam quicquam valeat. *d. l. un. C. de Monop.* Confirmarunt ista *Recessus Imperii de Anno* 1500. *Augustæ Tit.* Von wucherlichen *Contracten*, *Monopolien*, Gewerben auch Kauffleuten. *Recess. Colon. de Anno* 1512. Von Gesellschafft-Fürkauffen, und daß derer so Fürkauff treiben, Haab und Güter sollen der Obrigkeit verfallen seyn. *Item:* Im Abschied zu Nürnberg *de Anno* 1524. *In Comit. Spirens. Anno* 1526. Similiter in *Recessu Spiræ Anno* 1529. *Augustæ Anno* 1530. *Aug. Anno* 1666. *Spiræ iterum* 1570. *Item* in der Reichs-Policey-Ordnung zu Franckfurt *Anno* 1577. ubi qualibet Monopolii genera serio & sub gravissima pœnæ comminatione prohibentur. vid. Christoph. Lehmann. *lib.* 2. der Speyrischen *Chronic. c.* 39. Quibus adde, quæ leguntur in der weltlichen *Reformation* Kayser Sigismundi *cap.* 7. apud Goldast. *inter Constitut.* Imper. *p.* 190. *& in Edicto Conventus celebrioris Hansæ de Anno* 1598. Civitatum Hanseaticarum consensu promulgato. De cæteris acerbis quibus transgressores plectuntur pœnis ipsique etiam Magistratus, uti & de variis aliis Constitut. singularibus vid. Marquard. *de Jure Mercat. lib.* 4. *c.* 6. & Hyppolit. *à Collib. cap.* 4. *in princ.* Observandum saltem, quod Johann. Choysvi Discursu de Henrici Valesii Electione in Regem Gallice notavit circa Monopolia, ita Latine versum. *Quod apud Polonos vilitatem annonæ conservat, est defectus Monopoliorum, præcipue de frumento & vino.* Quas non turbas §. 2.

bus in Rebusp. excitent perniciosa illa & singulos gravantia Monopolarum, Propolarum, Pantapolarum &c. delicta, maxime etiam circa annonam, tot funesti ubique exitus indicarunt.

Hinc apud prudentes Romanos publico Judicio Leg. Jul. de annona constituto coerciti; cernebant illi vinculum hoc esse Civitatis. Quid enim saturo populo lætius? Bene Itali Panem in foro, Justitiam in Tribunali, securitatem ubique bona Imperii signa esse dicunt. Juvat hic inserere Forstneri verba *lib.* 12. ad Tac. *p.* 213. *ubi de Annonæ cura & remediis agit: Tertia (inquit) cautio est, non legibus tantum sed pœnis coercere pestilentissimum curculionum genus, dardanarios, pantapolas, pantometabolos & seplasiarios qui iniquissimis fraudibus attentant, onerant, vexant, incendunt, excandefaciunt, flagellant, vastant annonam, cujus raritate lætantur, ubertate dolent. Horum dolos, fraudes, scelera Monopolia, curatissima diligentia recenset* Nicolaus Montandus *libro tertio speculi Gallici, quæ si omnino reprimi non possunt, saltem eatenus coercenda sunt, ut in foro frumentario prima emendi facultas tenuioribus Civibus usque ad certam horam & post illos negotiatoribus permittatur.* Hæc prudenter ille. Quod tamen etiam aliquo modo licita sint Monopolia, nec omnia cum Jure naturæ pugnent, Grotius *lib.* 2. *de I. B. & P. c.* 12. §. 16. & dictus Marquard. *de I. Mercat. c.* 7. It. Arist. *in Polit. lib.* 1. & alii demonstrant. Interim Grotius *cit. leg. unic. C. de Monop.* æquam & prudentem in Not. appellat. Pœnas vero Legis hujus in Hollandia abolitas ex ratione Edictorum Principum suorum, qui speciales contra Monopolas statuerunt, asserit Grœnw. *in lib. LL. abrog. ad d. L. un. C.* De Monopoliis *analogicis* vide sæpius memoratum Marquard. *c.* 6. *n.* 47.

Titio petente Pactum servari, Sempronius recte excipit: de futura successione fuit E. id servare non cogor.

§. 3. Pacta de futura successione facta nullam vim habere probat *l.* 15. *C. de Pact.* ubi de hereditate inter duos æqualiter dividenda convenit Casus; Pater elocavit filiam dote data & simul promisit, ut filia cum suis

suis fratribus æqualiter succederet. Hæc Conventio (1) est contra bonos mores, introduceret insidias alienæ vitæ. *l. heredit. C. de Pact. convent. l. cum donat. C. de transact.* & continet votum captandæ mortis. Incivile autem est viventis hominis bona in sortem & divisionem vocare, & ita quasi ejus mortem voto ac spe præcipere. Ideoque Pactis in universum non datur hereditas. *l. 5. C. de pact. convent.* nec constringuntur successiones, quia plenæ tristissimi eventus, & periculosi sunt hujusmodi pactiones. *l. 5. C. de pact.* neque promissio facta de non mutando herede obligat. Richter. *decis. 26. n. 8.* (2) aufferret hoc etiam liberum testandi arbitrium, quod ex jure publico manans. *l. 3. C. de Testam.* homini omnium maxime debetur. *l. stipul. hoc modo ff. de V. O.* nec talis facultas ullo pacto adimi potest, *l. 1. C. de SS. Eccles.* quemadmodum voluntatem nostram ambulatoriam non esse, nulla dispositione fieri potest. *l. 4. & 17. ff. de adim. leg.* Quæ omnia adstruunt invaliditatem Pacti, Patrique adeoque adhuc licere Testamentum condere, etsi tale pactum dationi dotis annexum & vestitum sit rei traditione. Brunnem. *ad d. l. 15. C. de pact.* Tanta autem hujus est certitudo, ut etiamsi de hereditatis quota conventum sit, pactum hujus generis minime valeat. Dec. *in l. pact. quod dot.* aut si stipulatio subsequuta sit, tamen actio non detur *Dd.* cujus ratio alia additur, quod potior favor sit liberi arbitrii, quam matrimonii, Franeisc. Viv. *Decis.* 507. Richterus *in Tract. de pact. ad l. 15. n. 7.* ab absurdo sic concludit: Quod si Parens hujusmodi pacto stare cogeretur, multa incommoda & mala sequerentur, Scilicet petulantia liberorum & alia, quæ recenset Gilken. Reip. itaque magis expedit, & Pietas ac reverentia suadet, ut liberi Paternum amplecti cogantur arbitrium, illique magis meritis ad Paterna obsequia provocentur, quam pactionibus obstringantur. *l. 35. C. de inoffic. Testam. Dd.* adeo pactum hoc exosum putant, ut ne juramento quidem confirmari possit, quos sequitur Peregrin. *de Fideicommiss. art. 51. n. 24.* Vasq. *de success. Vinc.* Fusar. *de Subslit.* Barbosa &c. nec statuto aut consuetudine. Gail. 2. *Observ.* 126. nec reciprocum valeat, utpote turpitudinem non tollens, Perez. *ad C. h. t.* absque stipulatione scilicet, ut Wesenb. *cons.* 71. *part.* 2. id limitat. Godofr. *ad l. 4. de inutil. stipulat.* certe non indistincte valet. Sique tale Pactum sit juratum non tamen obligare in foro tam civili quam Cano-

nico tradit Francisc. Viv. *d. loco*, quod tamen de I. Canon. negat Brunnem. *ad d. l. Pactum*, Perez. *ad Tit. C. de pact.* Moribus ejusmodi Pacta subsistere asserit Musc. *de succ. convent.* Hahn. *de Jure rerum concl.* 69. & de Hollandicis & multarum aliarum gentium testatur Grœnw. *de ll. abrog.* qui in iis scrupulosam Juris Romani subtilitatem accusat. In Frisia tamen hanc *L.* 15. observandam supremi Senatus & Ultrajectinæ Curiæ judicio confirmat. Vide plura apud Francisc. Viv. Hartm. Pist. & varios.

Titio petente decem ex pacto de quota litis, Sempronius recte excipit: res in pactum deducta est contra bonos mores & Pactum conscelleratum. E. exinde non obligor.

54. Non diffitendum, Advocatorum Officium æque humano generi necessarium esse, quam si Patriam vulneribus ac præliis Parentesque saluarent, cum laborantium spem vitam & posteros defendant *Text. eleg.* (& à togatis albo lapillo notandus. Gail. *l.* 1. *observ.* 34.) *in l.* 14. *C. de Advoc. divers. Jud.* proindeque laudari oportere maximeque Principalibus præmiis remunerari. *l.* 4. *C. de Advoc. diversorum Judicum* & salario suo licito non defraudandos. *l. un. C. de suffrag. l.* 1. *&* 4. *ff. de var. & extraordin. cog. l.* 5. *C. de post.* Sed plerique nobili ac laudabili hoc officio abutuntur munusque Advocationis plus ad subversionem veritatis atque litigiorum augmentum, quam ad lucidationem Justitiæ & litium diremptionem exercent, Magon. *de rect. patr. rat. Part.* 18. *c.* 6. *n.* 15. lites alunt quo sua farciant marsupia & litigantes denudent. Vent. de Valent. *in Partib. litigios. lib.* 2. *c.* 7. *n.* 30. Varia impedimenta Justitiæ inventa quæ à Patronis, causarum (quia lucrum fovent) neglecto reorum commodo tam sancte observantur quasi Judiciis Cives non hæc illis inventa sint Forstn. *ad Tac. Ann. p.* 222. *&* ipsi Justitiæ imputant pessimi illi quæ peccant, ex ipsis denique negotiis quæ tuenda susceperunt emolumenta certæ partis cum deprædatione ac gravi damno litigatoris poscere consueverunt ob voracitatem suam æquo nomine vulturiorum appellandi Apulej. *lib.* 10. *de Asin. aureo*, quibus con-

concessum est intra mœnia & in ipso foro latrocinium. *L. Columella in Præmio*. Hinc Imp. Constant. pacta de quota litis facta justissime sub pœna remotionis ab officio Advocatis interdixit, *l. 14. C. de post.* imo incurrere ipsos in pœnam falsi statuit Roland. *cons. 36. n. 20. lib. 1.* Sunt & aliæ pœnæ passim constitutæ. Ita Procurator Cameræ Anno 1508. in 5. Marcas auri puri condemnatus fuit quod pactus erat cum cliente de 100. vel 200. Thaleris ex sorte pro expedienda lite. Ratio sanctionis Imperatoriæ est, quod alias per fas & nefas & per mendacia ex affectione nimia quam Advocati & Procuratores haberent ad vincendum, uti dicit Afflict. *in Constit. Reg. §. Advoc. n. 6. & 7.* grassarentur ad victoriam, Brunnem. *d. l. 5.* Cliensque metuens causæ suæ nihil non sit facturus, itaque suspicio concussionis adest, & quasi venditio litis qua Advocatus propriam vel saltem communem causam videtur fovere. *l. 8. C. de procurat.* Idem est si de re certa sive particulari de qua litigabatur v. g. hereditaria licet non per modum quotæ conventum sit, quia Advocatus non debet se facere consortem litis etiam in minima parte secundum Bald. *in l. 5. C. de post.* Sed quamvis de certa summa in lite non versante in prosperum tantum litis eventum agatur, irrita pactio per *l. 7. ff. Mand.* quia perinde lis redimitur, datur materia calumniandi & per astutias versutiasque obtinendi ne perdat laborem. Trentacinq. *var. Resolut. lib. 2. Resolut. 1. de postul.* Prosp. Farinac. *de var. ac divers. Crim. Q. c. 6. n. 38.* Pactum tale etiam non valet, si valoris rei in judicium deductæ respectu æquivalens pecunia promittatur, idemque procedit in Procuratore constituto in rem suam quod ipse certam partem retineat & residuum restituat. Ayr. *Process.* Nec juramentum huic pacto adjectum aliquid efficit, (vid. *d. Trentacinq.*) quia est contra bonos mores. *l. 1. §. si cui ff. de var. & Xord. cogn.* cum quis litem redemit. *l. 15. C. de procurat.* licet Guid. Pap. *Decis.* 102. 190. *per tot.* aliique dixerint, quod ex tali pacto si intervenit juramentum detur actio tam de Jure Civili quam Canonico, quod de priori utique falsum videtur. Vid. Bachov. *ad Treutl. Tit. de pact.* Busium *ad l. 27. ff. de pact.* ejusque ibi adhibitam distinctionem. Neque solum hoc irritum pronunciant, sed insuper Advocatum teneri ad duplum quadruplum, imo expensas in litem factas non posse repetere Bald. & actionem mandati ipsi denegari. *l. 20. C. Mandati.* Prosper. Farinac.

Hæcque omnia non tantum in Advocat. Procurat. illiteratis & matriculæ non inscriptis, sed Fisco obtinere. Vide prolixe de hoc dictam integram *Quæst.* Prosp. Farinac. Menoch. *de arbitrar. Cas.* 522. *n.* 13. *in fin.* Finem huic exceptioni imponam verbis Brunnemanni, cujus ultima *ad l.* 5. *de postul.* hæc sunt: *Nolo plura de consceleratis his pactionibus addere, sed optarem ut modo observaretur hæc Lex à Judicibus & Advocatis.* De Pacto inter Advocatum & *Clientem* vide Ayreri lusum *in suo Histor. processſ. lib.* 1. *c.* 1. *observ.* 7. *per tot.* Jure nostro Hamburg. *part.* 1. *Tit.* 7. *art.* 6. omnes obligationes & pacta Procuratorum cum clientibus improbantur sub pœna depositionis ab officio.

Titio petente à Sempronio promissum, hic legitime excipit: impossibile est in pactum deductum. E. me non obligat.

§. 5. Impossibilium materia ad tres referri potest species (1) Impossibile est aliquid Jure, propter scilicet conjunctam turpitudinem aut legum prohibitionem. *l.* 16. *ff. de condit inst.* vel (2) natura. *l.* 188. *de R. I.* vel (3) facto. Est & quædam quarta sed improprie dicta impossibilitas, quæ in heredum institutione occurrit descenditque ex perplexitate verborum. *l.* 16 *de condit. inst.* Impossibilium nullam esse obligationem. *l.* 185. *ff. de R. I.* quæ rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata *L.* 188. *ib.* quod impossibile est, neque pacto neque stipulatione posse comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit, dicitur *L.* 31. *eod.* Quid conditio impossibilis in ultimis voluntatibus possit, jam ad nos non pertinet explicare, vitiari autem talem conditionem & pro non adjecta nullaque haberi, tanquam si mendo aliquo Testatori excidisset. *l.* 1. *ff. de condit. inst. l.* 3. *l.* 6. §. 1. *ff. de cond. & demonstr.* probant *It. l.* 50. §. 1. *de hered. inst. l.* 101. §. 1. *de leg.* 1. In Contractibus omnibus vero conditio impossibilis ipsos Contractus vitiat, si scilicet sit affirmativa. Udalr. Zas. *ad l.* 7. *ff. de V. Obl.* Quandoquidem enim materia oportet esse aut esse posse in jure promittentis ut promissum sit efficax, ideoque non valent promissa talia quorum effectus reddi nequit. Grot. *de I. B. & P. lib.* 2. *c.* 11. *n.* 8. & ad horum quid-

quiddam astringere aliquem plus quam servile ipsique consensui adversum esset. Non enim præsumuntur contrahentes consensisse in ea, nec per consequens contraxisse, quia procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt impossibilem. *l.* 31. *ff. de O. & A.* Ast in Testamentis unius saltem dominatur dispositio, nec consensus duorum, non tamen lusisse Testator præsumendus, sed potius ex incuria tale quid ipsi excidisse credendum. Vid. *d. l. de condit. Inst.* De variis impobissilibus vid. Udalric. Zas. *in Tit. de V. O. l.* 7. Obligatio rei impossibilis autem adeo nulla est, ut ne quidem æstimatio ejus rei debeatur. Denique litus arat, qui rem impossibilem in obligationem deducit J. Godofr. *ad l.* 182. *de R. I.* Cæterum ut maxime impossibilia natura jureve per Leges nunquam confirmentur, attamen per *LL.* impossibilia facti quandoque per viam fictionis inducuntur, factaque pro infectis habentur. J. Godofr. *ad l* 89. *de R. I.*

Titio petente promissa impleri, Sempronius recte excipit: non factum non dationem propriam, sed alium daturum promisi. E. exinde non teneor.

Promissio quæ fit non de seipso sed de alio facturo aut daturo, inutilis est. §. 3. *I. de inut. stipul. l.* 38. *in pr. &* §. 1. *ff. de V. O.* & pro alio promittens non obligatur, nam de se quemque promittere oportet. *l.* 83. *ff. de V. O.* quia omnes obligationes ex nostra non alterius persona initium sumere necesse est. *l.* 11. *ff. de Obl. & act.* imo culpa est, immiscere se rei alienæ ad se non pertinenti. *l.* 36. *ff. de R. I.* Hinc sæpius allegata Reg. hæc observari meretur. Neminem ex alterius Contr. obligari. *l.* 3 *C. ne ux. pro marit.* cum conditio per alium deterior fieri nequeat. Verba adhæc cujusvis stipulationis in utriusque contrahentis personam debent esse collata. Bachov. *ad d.* §. *Instit.* Ratio Alexandr. est quæ ab Udalrico Zasio (distinctione prius inter impossibile facta) ad *L.* 83. probata, quod quodammodo impossibile videatur promisisse saltem juris interpretatione, (alias vere impossibilis Pœ- §. 6.

na non committitur. *l. 69. ff. de V. O.*) scilicet qui non possit cogere extraneum, ut hoc faciat quod ipse promisit. Vel ut Jas. existimat, quia stipulationes ad hoc inventæ sunt, ut negotium geratur inter stipulantem & promittentem, quos egredi non debet, alioquin stipulationem vitiat, quia quod sua interest quisque stipulatur. *l. 83. s. alteri ff. de V. O.* Videbatur huic assertioni in principio contrariari obligationis fidejussoriæ natura.

Fidejussores pro alio intercedunt eumque daturum facturumve promittunt. Sed illos non aliter teneri quam si se ipsos aliquid daturos facturosve obligaverint ipsa Fidejussionis definitio luculenter declarat. Reum enim principalem obligationi staturum frustra promittunt. *l. 65. ff. de fidejuss.* Ast si quis se effecturum §. 3. *Inst. inut. stipul.* aut curaturum. *l. 83. de V. O.* aut pœna stipulationi adjecta promiserit. *l. 83. §. 2.* vere obligatur, quippe quibus stipulationibus non tam factum alienum quam proprium promissoris, licet ordinatum ad executionem facti alieni continetur. Francisc. Mantic. *de tac. & ambig. convent. lib. 14. Tit. 34.* Covarruv. *Tom. 1. part. 2.* & pœnalis stipulatio præcedentem stipulationem utilem facit metu saltem pœnæ *Gloss.* Rationem addit Covarruv. quod Jus Civile hanc stipulationem validam esse censet in sensu directo. Occurrunt etiam exempla, in quibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. *l. 14. §. 2. de pec. const. l. 38. pr. l. 11. l. 81. pr. eod. & Tit. rem. rat. hab.* Plura vid. apud Udalr. Zas. *ad d. l. & passim apud Dd.* Nec tamen is qui factum alienum promisit, ad id quod interest aut ad pœnam tenetur, modo facere non omiserit quod ex sua parte ad id factum obtinendum facere poterat, nisi verba aut negotii natura obligationem inducant strictiorem. Grot. *lib. 2. de I. B. & P. c. 11.* vide latissime de hac re Covarruv. *Tom. 1.* Bachov. *ad Treutl.* quod tamen *Legi ult. §. 1. ff. de reb. cred. & §. 3. de Inut. stipul.* contrarium. Grœnweg. *Tr. de LL. abrog. ad §. 3. Inst. de inut. stipul.* respiciens ad verba curare & simpliciter promittere, ab hac scrupulosa verborum observatione de æquitate Canonica (uti Covarruv. dicit) recessum esse statuit. Sed Bachov. *Inst. ad eundem §.* tacite huic objectioni respondet, quod partibus imputari debeat illas non debito modo stipulatas, nec necessarium ita stricte sit, ut quis se curaturum dicat, sed ex æquitate conditione-

que

que negotii multis casibus hoc tacite actum. Vid. Francisc. Mantic. *lib. supra citato.* Alter autem, quem soluturum quis promisit, multo minus obligatur.

Titio petente promissum expleri, Sempronius recte excipit: Res aliena promissa E. exinde non obligor.

Wesenb. *ad Tit. ff. de Pactis* existimat, rem aut jus alienum in pactum non posse deduci ob varias ibi expositas rationes, quas tamen Bachov. *in Not. suis* ad eundem rejicit, nec aliam pactorum quam Contractuum rationem esse statuit, in quos aliena res recte venit. Quæ quamvis certis casibus ita se habeant, verumque sit, quod res aliena pacti sit objectum, in terminis habilibus tamen id intelligendum. Bachov. & Hahn. *ad Tit. ff. de Pact.* Hoc patet ex Contractibus, qui non continent obligationem dandi, ut sunt locatio, stipulatio, pignus, commodatum &c. Secus tamen est in illis Contractibus qui habent obligationem dandi, ut Mutuum, permutatio, quibus dans rem alienam non dicitur satisfecisse obligationi. *l. 1. §. 1. de rer. permut. l. 1. l. f. C. eod.* Domino sane ignoranti ad effectum ut re sua privetur non noceri nec præjudicari posse notissimum est. Exceptionem etiam quodammodo Regularem hanc constituit, Vigel. *Meth. Jur. Exc. 28. p. 5. lib. 15. c. 15.* quod si res aliena in Contractum sit deducta, obligatio & actio non nascantur. Exempla ex LL. petita videre licet *d. loco.* Quomodo de re aliena per ultimam voluntatem disponatur vide passim in materia *legat. It. l. non dubium ff. de Legat. 3. L. si inquilinos §. 1. de Leg. 1.* Testator enim alienam rem legare potest. Licet enim nemo rei alienæ Dominium seu plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet. *l. 54. de R. I.* In Legatis tamen ob favorem Testam. & ultimæ voluntatis, si rem à Domino voluntate sua accipere nequeat, æstimationem præstare tenetur heres. Cæterum an & quatenus res aliena in legatum vel Contractum venire possit. Vide Hahn. *ad Wes. tit. de Commod.* Treutl. *Vol. 1. disp. 24. th. 1. Lit. D.* ibique Bachov. §. 7.

Titio

Titio petente rem ex promisso, Sempronius recte excipit: litigiosa est. E. ex illo promisso non obligor.

§. 8. Quamvis moderator & arbiter dicatur quilibet rerum suarum. *l.* 21. *C. Mandat. L. nemo exterus C. de Jud.* adeoque eas possit liberte alienare, modo tamen juxta Leges id fiat, & eatenus, quatenus id jure non prohibetur. Ern. Cottmann. *Vol.* 3. *Resp.* 11. *n.* 29 & 30. *seqq.* Rem itaque litigiosam alienare lite pendente tam Responsis JCtorum quam Impp. Rescriptis est interdictum *t. t. ff. & C. de litigios.* Litigiosa autem res est in litem deducta, de cujus dominio vel quasi (Mynf. *Obs.* 55 *cap.* 3.) causa movetur inter possessorem & petitorem. *Auth. C. de litig.* Quomodo res fiant litigiosæ in realibus, quomodo in personalibus juribus, jam non attinet explicare. Sufficit, in nullum Contr. eam venire nec ullo modo alienari posse, adeoque quemadmodum ex *L.* 2. *C. de litigios.* colligitur, ipso jure alienationem talis rei esse prohibitam & nullam Lancellot. *de Attentat.* (etsi olim hoc non fuisse probet Bachov. *ad Wesenb. ex l.* 18. & 20. *de R. V. & tot. Tit. ff. de litig.* Bart. *ad l.* 4. *C. de litigios.*) nullamque ex ea transferri possessionem. Lancellott. *d. libro.* Ratio insignis est, quod hoc fiat vexandi adversarii causa, qui semper novis Judiciis fatigari posset. Thomas Michael. *Conf.* 57. *n.* 65. Rem litigiosam vendit, donat, aut oppignorat, videtur deteriorem facere velle conditionem adversarii sui apposito potentiori adversario. Perez. *ad Tit. Cod. de litigios.* Alienante itaque aliquo rem litigiosam in alium fraudis non ignarum, uterque rei litigiosæ æstimationem Fisco inferre tenetur. *l. ult. pr. h. t.* Si in ignorantem Emptorem, hic Venditori rem reddere obligatur restituereque illi Venditor pretium, & tantundem de suo accipiet, duas partes fisco dabit (quamvis de hoc quidam dissentiant,) & tertiam Emptori, quia eum decipere voluit re litigiosa non denunciata. Cujac. *ad h. t.* Sic itaque hoc casu solus Venditor punitur. Johann. Bapt. Costa *de Fact. scient.* Plures Replicat. (ut cum JCtis loquar) vide passim in Vigelio & super hac materia Guid. Pap. *quæst.* 337. *per tot.* Ricc. *Decis.* 817. Si quis autem alicui rem litigiosam legaverit, hæres

hæres æstimationem illius rei obligatus est legatario dare. *l. 3. C. de litigios.*

Titio petente rem promissam, Sempronius exceptione hac tutus, quod sua fuerit.

Regula est Ulpiani *l. 45. ff. de R. I.* Rei suæ sive de re sua Contractum nullum consistere posse. Quod ipsum singulos Contractus percurrentibus facile constare potest. De pignore sane id ipsum quoque definitur *l. 40. in princ. ff. de pignorat. act.* De Emptione juxta *d. Reg. l. 15. in fin. & l. 16. ff. de contr. Empt. Vend.* De Conduct. *l. 20. ff. de act. Empt.* De commodato *l. 15. h. t.* De stipulatione *l. 82. de V. O.* &c. Nam rem suam nemo stipulari potest. Ratio, quia per stipulationem dandi accedente traditione quæritur dominium. At quod jam ante meum est, dominii ac proprietatis jure ad me spectat, amplius meum fieri, proprietatis Dominiique jure mihi acquiri nequit *§. sed si rem 10. Inst. de Legat.* Et hoc obtinet, si quis rem alienam suam futuram in eum casum quo sua sit, stipuletur *§. Inst. de inut. stipulat.* Causa cur non valeat hæc stipulatio, est, quia tempore conditionis existentis quo obligatio nascitur, fundus iste dari non potest, adeoque stipulatio incidit in eum casum à quo incipere non potest. Harprecht. *ad §. h.* Idem in Legatis rei suæ quæ inutilia sunt, ex quibus ne quidem æstimatio debetur §. 10. *Inst. de Legat.* quod tamen difficultate non caret; vide Wesenb. *ad tit. ff. de Reg. Caton.* §. 9.

Titio petente decem aut rem quandam, Sempronius recte excipit: promisi, quæ tibi jam tum debebantur. E. exinde denuo non obligor.

Exemplum hujus Exceptionis *in l. 11. ff. de V. O.* consistit. Vigel. Qui enim bis idem promittit, id eo jure amplius quam semel non teno- §. 10.

tenetur. In legatis idem, si quis rem ante debitam legaverit alteri, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito §. 14. *I. de Legat.* Quando itaque id quod ipso jure debebatur promissum est, hæc Exceptio locum habet. Vigel. Debitor pactus est, si intra certum tempus pecunia debita non solvatur, pignus se cessurum creditori. Hæc conventio nihil addit naturæ hujus Contractus, quandoquidem Creditor etiam jure communi vendendi pignoris facultatem habet, si ipsi debitum statuto tempore non solvatur. Sed ea quæ Creditor in distrahendo pignore adhibere debet, etiam hoc casu à Creditore adhibenda. Quoties itaque aliquid adjicitur Contractui, quod de natura Contractus est, tunc id nil operatur. Adjicit *Glossa*, esse id pactum quodammodo simile Legi Commissoriæ. E. nil efficitur. Vide Brunnemann. *ad l. 1. C. de pact. Pign.* Item Carpz. *lib. 5. Respon.* 13.

Titio petente rem quandam ex promisso, Sempronius recte excipit: extra commercium est. E. exinde non obligor.

§. 11. Cum Materia promissi debeat esse aut posse in jure promittentis, ut promissum sit efficax, quemadm. Grot. illud *lib. 2. c. 11. n. 8.* adnotat, hinc omnia quæ in conventionem vel Contractum ingrediuntur huic requisito contraria, nullam etiam Obligationem producunt. Itaque res in universum commercio hominum exemptæ in stipulationem deduci nequeunt, quia non sunt in hominum jure ac potestate. Sunt autem quædam res quæ commercio certarum tantum personarum exemptæ sunt. Nam potest quis stipulari rem, cujus commercium ipse non habeat, promissor tamen habet, hæcque stipulatio est inutilis, & sibi imputet stipulator, quod non melius sibi caverit. Hujus generis est Christianum mancipium, quod non est in commercio Judæorum *tot. t. C. ne Christ. mancip. hæret.* Quapropter si Judæus servum Christianum stipuletur, inutiliter facit, nam Judæo is subjici nequit. Sic Præsidi Provinciæ rem Provincialem comparaturo, stipulari

Digitized by Google

lari non licet. *l.62. ff. de contr. Empt.* Justissima ratio hujus alibi designata. Extra commercium etiam secundum quid, sunt res vitio quodam affectæ sed non perpetuo, veluti quæ ædibus junctæ sunt, quas eximi & præstari vetuit Senatus. *l.41. cum LL. seqq. de leg. 1.* Bachov. *ad Tit. de inut. stipul.* Emptionem tamen earum rerum ob non necessariam Dominii translationem sed evictionis præstationem constare, liquet. Ratio vero cur liberi hominis, rei sacræ &c. venditio in jure permittatur, est libertatis commerciorum conservatio, *arg. l.44. ff. de usurp. & usucap.* In Legatis rei absolute commercio exemptæ Legatum inutile plane est §. *I. de Leg.*

Titio petente rem promissam, Sempronius justissime excipit: in rerum natura non est. E. exinde obligari non possum.

Res quæ in natura non sunt, ut extinctæ, neque possunt esse, stipu- §.
latione itidem frustra comprehenduntur. Hominem mortuum si quis 12.
dare stipulatus sit quem vivere credebat, laterem lavabit. Non minus Pegasum equum alatum, Poetarum fabulis inclytum interque commenta à Plinio relatum, aut Hyppocentaurum, Galeno fictum existimatum, (quamvis Plinius eundem interiisse testetur,) & Chymæram triforme illud monstrum nunquam visum in rebus humanis. Gloss. *ad d. l. 97. de V. O.* quod tamen Solinus montem esse probavit, Serviusque illi assentitur. At quis credat Hyppocentaurum (Cicero *de Natur. Deorum 2.*) Chymæram, Hipponam, Onosceliam taliaque monstra figmentaque fuisse, vid. Guid. Panciroll. *Tit. de Equis.* Quæstio saltem est, anne stipulatio illarum rerum quoad æstimationem saltem valida sit, quod ex ratione hac (quando res ipsa non debetur ibi nec ejus æstimationem deberi,) omnino negatur, tum quia stipulatio uti Contractus stricti Juris, nil nisi quod sub se expresse comprehendit, præstari vult. At vero hic non æstimatio, sed res sunt promissæ: Ast si stipulatus fuero te sisti, & nisi steteris, Hyppocentaurum dari, perinde erit ac si te sisti solummodo stipulatus essem.

l.79. de V. O. Inutilem enim ſtipulationem futuram rei adjectione quæ in rerum natura non eſſet, putat Celſus, & eandem vim habet, ac ſtipulatio rerum, quæ in commercio non ſunt. *l. 103. ff. de V. O.*

Titio petente prómiſſi expletionem, Sempronius recte excipit: res promiſſo comprehenſa feudalis eſt. E. ex illo non obligor.

§. 13. Quando feudum alienatur ſine conſenſu Domini, illicite facta eſt alienatio, dum jus illam improbat. Omnis enim feudi & Juris feudalis alienatio quoad partem & totum interdicta eſt quocunque Titulo fiat, & id verum eſt, ut ne quidem Domino conſentiente in præjudicium agnatorum alienari poſſit, ſed horum pariter conſenſus requiratur, hinc feuda nec oppignorari poſſunt, nec ullo modo diſtrahi, etiam pro parte. Et licet Gloſſa *c. 1. de probib. feud. alien. per Fried.* contrarium de parte feudi ſenſerit, hoc tamen male, cum Textuum verba ſint clara, *Conſil. Argent. Vol. 1. Conſ. 45.* Hujusmodi alienationes facientes feuda amittunt. Et qui ſcriba Inſtrumentum fecerit, infamis eſt, & manus amiſſione multandus per *Text. in C. 1. ad §. præterea de probib. feud. alien.*

Titio petente decem ex fideicommiſſo in Contractum deducto, Sempronius recte excipit: E. exinde non teneor.

§. 14. Nullum fideicommiſſum alienari poteſt, quia hoc eſt contra ipſius naturam. Decian. *Conſ. 53. n. 5. vol. 1.* Ita fideicommiſſum in Contractu fieri non poteſt, ſecundum eſſentiam & definitionem fideicommiſſi. Vivius, *Deciſ. 186. lib. 1.* ad eundem modum quemadmodum nec hæreditas pacto vel Contractu dari poteſt ullo modo. Nam ſola diſponentis voluntas ſervatur in fideicommiſſis. *l. penult. ff. de leg. 1.* & in eis tacita voluntas ſufficit, quæ ex conjecturis colligitur. Imo neque videtur hoc ullatenus per conſuetudinem poſſe introduci

ut

ut valeat, Teste Baldo *in L. 2. C. qui sit. long. Consuetud.* & ita judicatum esse Vivius asserit *d. l.* vide limitat. M. Anton. Peregr. *Tr. de fideicomm. art.* 51.

Titio petente promissa servari, Sempronius recte excipit: arma promisi, quod contra utilitatem Reip. E. illum Contr. servare non debeo.

Quid si quis tecum Contractum inierit, ut arma, frumentum §. 15.
aut cætera Reipubl. suæ necessaria suppedites, bellumque ingruat, servesne promissa? non credo, facias enim contra Rempubl. quæ debet esse charissima. Cic. *lib.* 3. *Offic.* & merito commerciorum libertati proponenda. Brunnemann. *ad Tit. C. quæ res venire.* Romani itaque *tt. quæ res ex port. non.* constituerunt, ne quis alienigenis Barbaris (quibus comprehendêre ad modum Græculorum omnes, qui non erant suæ gentis) vinum, oleumve apportaret, ne istorum dulcedine illecti promptius fines invaderent, hostilemque vim exercerent, uti illius exempla Livius *lib.* 5. tradit. Arma etiam & quodcunque ferrum factum aut infectum vendi aut transferri prohibetur ad hostes. Imo nec arma privatis mercari permissum fuit *leg. un. C. ut arm. usus, n.* 85. Perniciosum enim judicavere & proditioni proximum, hostes, quos indigere convenit diversorum genere instructos validiores reddi. *l. 2. d. t.* Et transgressores ejusmodi, Crimen Læsæ Majest. *arg. l. 1. ff. ad L. Jul. Majest.* committentes, *I. Civ.* captis pœna cum amissione bonorum plectuntur. I. Canonico bonis & communione fidelium privantur, servique fiunt qui ad Mahumedanos vetitas merces & arma transmittunt quibus nos oppugnent *c. 6. & 17. X. de Judæis.* Hocque ad frumentum & alia extensum tot statutis Edictis contra deferentes arma ad exteros obtinet, & justum est. Si enim tormentorum aliarumve machinarum bellicarum, insignium, armorum, frumenti etiam extra Patriam ad exteros saltem evectio juste & serio Magistratu interdici solet Strach. *per l. cotem ferro ff. de publ.* multo magis id contra hostes licet. Potissimum autem loquimur de mer-

cibus bello aptis, quæ vulgo dicuntur *Marchandiſes de Contrebande*, quarum ſpecies in Marquardo de Jure Mercat. recenſitas paſſim reperies. Quam ſtricte prohibitio hæc ubique obſervetur, multorum Mercatorum maxima clade in bellis affectorum querelæ docent. Sane hoſtem cenſendum qui facit, quod hoſti placet, non incongrue dicit Agath. in quo Grotius ſententiam ferens, hoſtes quodammodo aut certo caſu tales dici poſſe profitetur *lib. 3. I. B. & P. C. 1.* additaque diſtinctione quid ſtatuendum ſit, exacte declarat, materiamque hanc ad Jus naturæ exigit.

Titio petente promiſſum ſervari, Sempronius recte excipit: divortium bona gratia promiſſum. E. exinde non obligor.

§. 16. Divortia apud Romanos olim non tantum mala, ſed etiam bona gratia & amicabili ſeparatione, ſine ulla cauſa, mutuo ſaltem conſenſu, quia ſecundum naturam putabant, ut quo quid colligatum eſſet, eodem modo etiam ſolveretur. *l. 58. ff. de R. I.*) facta eſſe. *l. 61. ff. de donat. inter virum & uxorem l. 6. ff. de divort. & repud. l. 9. C. repud. Nov. 22. cap. 4. l. 32. §. 10. ff. de donat. inter vir. & ux.* aliæque Conſtitutiones probant. Sed Juſtin. hoc abrogavit *Nov. 117. c. 8.* prohibitione ſuper hoc facta, niſi tamen utraque pars ingrediatur Religionem, id eſt Monaſterium, quæ vita præferebatur Conjugali. Rittershuſ. Pertinet ad aſtruendam hanc Conſtitut. *Nov. 123. cap. ſponſ. & ſeq. Novella 127. cap. quia vero. & Nov. 134.* Scrupulum tamen injicit *Nov. 140.* quæ mutuo ex conſenſu antea permiſſa divortia reſtituere, & rurſum confirmatis *l. 60. l. 9. & Nov. 22. cap. X. Novellam* 117. abolere videtur. Quod etiam Godofredo ſtatuendi anſam præbuit. At perperam illam Conſtitut. inter Novell Juſtiniani relatam, cum ſit Juſtini II. quia ſecundum locum inter cæteras ejusdem Juſtin. Conſtitutiones nacta eſt, nullumque nunc robur obtinere, aſſerit Præſes *Diſputat. ſua Inaugur. Axiom. I. ſub fin.* Cum etiam noſtrates per text. ex ſacro Cod. non niſi adulterium & malitioſam deſertionem diſſolvendi matrimonialis vinculi cauſas ſtatuant, Hahn. *ad Tit.*

de

de divortiis, divortium bona gratia plane locum habere nequit, nec de eo facta conventio.

Titio petente 100. Sempronius recte excipit: actio vendita est minoris quam tu poscis E. exinde non teneor.

Licet omne jus omnisque actio & nomen vendi possit etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, cum ejus non intersit cui solvat. *l. 3. C. de hæred. vel act. vend. l. C. de donat.* non tamen actione vendita amplioris summæ exactionem transferri in Emptorem licet, quam quantum efficit soluti pretii quantitas & usurarum ejus. Idque ita optima ratione provisum ex Constitutione (1.) Anastasii, quæ extat *l. 22. C. Mand.* Cum enim sæpe vexandi debitoris gratia cessio actionum fieri soleat, & frequens sit detestabilis illa insolentia usurariorum ac illorum, qui exigua pretii quantitate alienas lites quamlibet injustas redimere solent, (quorum officium odiosum & invidiosum Cujac. appellat *lib.* 8. *c.* 3. Menoch. *lib.* 3. *præsumt.* 129. *n.* 3.) ut injuria quid extorqueant, hinc in odium eorum (non minus quam in odium fœneratorum SCtum Macedonianum,) Lex Anastasiana inducta. Sed cum nec hæc fallaciis & technis impediendis sufficeret; inveniebant enim machinationem, ut partem quidem debiti venditionis Titulo transferrent in alium Creditorem, reliquam autem partem colorata cederent donatione, hanc ob causam Justin. Anast. Const. subveniens, sanxit, nulli id licere, nec amplius quid accipere, sed omne quod superfluum est, & per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte, & neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem. De limitationibus & casibus adhuc exceptis jam tacebo, & loco ejus quæstiones quasdam forte non inutiles adjiciam. (1.) An Constitutio Anastasii consuetudine contraria abrogata vel desuetudine antiquata sit? Grœnweg. *ad dictas ll. Tr. de ll. abrog.* eam statuit abrogatam moribus Holland. salvo debitori intra annum

§. 17.

à tem-

à tempore ſcientiæ computandum retrahendi jure, niſi is ſemel oblatam retrahendi conditionem repudiaverit, quo caſu in poſterum ad actionis ceſſionem retrahendam nunquam admittitur. Hæc Grœnw. contra diſſent. Charondam Magnard. Chenu, Mornac. qui nihil hodie duabus hiſce Conſtitut. uſitatius tradit & Chriſtin. *lib.* 12. *tit.* 1. *art.* 1. qui quodammodo hiſce aſſentitur. Papon. certo caſu eas in Gallia locum non habere dicit. In Imperio noſtro quamvis fortaſſis plurimæ nominum venditiones minori pretio quam obligationes continuerunt, fuerint celebratæ, verum tamen eſt, Legem Anaſtaſianam adhuc in vigore conſiſtere, quia contraria conſuetudine non eſt abrogata, quod alias fieri debebant in contradictorio Judicio. *l.* 34. *ff. d. ll.* (2.) Quær. An Conſtitut. Anaſtaſ. & ejus pœna tantum locum in redemptoribus alienarum litium habeat, an vero æqualiter in omnibus, qui nomina, actiones, debita vel chirographa coemunt.

Videri poſſet per *L.* 22. eam de redempt. litium tantum intelligendam. Sed ob generalitatem verborum *l.* 22. ubi dicitur, ſi *quis data peccunia* & recitationem tenoris Anaſtaſianæ Conſtitut. à Juſtin. *l.* 23. factam & *l. præſens* 24. *C. eod.* ex Baſilicis eo relatam contrarium patet, quod & Dd. communiter ſequuntur.

(3.) Quær. an id quod Emptori Chirographi, aut actionis modico pretio Emptori decedit, lucro cedat cedentis Creditoris, vel debitoris ceſſi, vel fiſco? Duo hic in quæſtionem veniunt, primo, an cedens qui minori pretio vendit, cadat jure ſuo, & amittat id quod pretio non correſpondet, deinde, ſi amittat, an cedat lucro debitoris, an vero quæratur fiſco.

Quantum ad primam partem, diſtinguendum eſt inter diſpoſitionem Legis Anaſt. & Juſt. In poſteriore certum eſt, cedentem jure ſuo cadere, tam hunc quam ceſſionarium jure ſuo privari, & actione quoad reliquam ſummam aut venditam aut ſimulate donatam excludi. In caſu Legis Anaſtaſ. quando videlicet ſolo venditionis Titulo facta fuit ceſſio ſed modico & nimis tenui pretio, Anaſtaſius quidem ſancivit, quod ceſſionarius non niſi pro ea parte quam revera ſolvit & ejus uſuris actiones exercere poſſit, ſed cui ſuperfluum illud

cedat,

cedat, non expressit, ideo inter Dd. cui superfluum cedat varie contenditur, uti bene notavit Mæv. *in discuss. levam. inop. debit. c. 7. n. 21.* Carpz. *in Asylo n.* 128. *c.* 1. Alii volunt, quod de superfluo cedens agere possit, ex ratione (α) quod Anastasius nullibi dixerit eum hoc jure privari. *arg. Nov.* 18. §. *consider. in pr.* (β) post, quod *L.* 22. *per* 23. corrigatur & generaliter residuum lucro debitoris cedat, dein (γ) quod cessio pro minori quantitate facta quoad residuum non teneat. Cum ergo pro infecta habeantur, actio maneat penes cedentem. Durand. *in spec. l. 2. p.* 1. *Tit. de cess. act.* Berlich. quod Frantzkius *lib.* 1. *Resolut.* 2. adhuc limitat. Contrarium autem, scil. quod Cessionarius tantum possit agere pro ea parte pro qua solutum, & in reliquo neque cedens nec cessionarius quicquam agere queat, volunt Jacob de Arena. Cynus apud Gab. & ut is cui cessa fuerit actio non plus consequatur quam dederit ipse, reliquumque cedat lucro debitoris. Perez *n.* 17. *C. Mand.* Cujac. *lib.* 16. *Observ.* 16. *vers.* & nominatim *lib.* 10. *Observ. in fin.* idque plures apud Berlich. *Decis.* 34. *n.* 2. citati statuunt, & apud Mævium *citat. loc.* 10. 21. & 22. Brunnem. *ad C. l.* 22. Et sane nisi apertissimis Textus verbis (*vel aliquam contra debitorem &c. esse actionem It. nulla contra eum oriatur molestia*) hoc asserentibus insistere vellemus, (1.) hujus opinionis ratio valida est, quod Creditor vendens & cedens alteri Creditum pro minori pretio, quam Chirographum continet, reliquum Cessionario donat, saltem ad vim remissionis, tumque nullam amplius habet actionem. *l.* 24. *ff. de Æ dilit. Edict.* (2.) cessionarius ultra quantitatem solutam habetur pro redemtore litium alienarum. *l.* 22. *C. mandat.* in quo casu venditor & redemptor actionem amittunt. *l.* 1. & 2. *C. ne liceat. potent.*

(3.) Hæc Constitutio non tantum in odium redemptorum litis, sed & in favorem debitorum introducta, *l.* 23. *in pr.* & justum fuerat hoc beneficium debitoribus impertire. Berlich.

(4.) Hæc cessio modico pretio facta in injuriam quodammodo debitoris, qui exsolvendæ tantæ summæ inidoneus quasi habetur, vergit. Manz. *ad* §. *injur.* 1. *n.* 1. *n.* 8. *J. de injur.* quod proinde merito in lucrum pro satisfactione quasi injuriæ debitori cedit. Ad rationum dubitandi priorum primam (α) respondetur: Anastasius Imperator

ideo nihil de eo statuit, quod cedens sive creditor & venditor nominis debeat pro reliquo jus & actionem suam amittere, quia hoc ipsi videbatur extra controversiam & ullum dubium positum, nam rem vendens si nihil sibi reservet, totum jus rei venditæ à se abdicat periculo & lucro in Emptorem translato, debitori autem ne pluribus obstrictus esset, debito remisso. Ad (2) (β) *L.* 22. ab Imperat. Just. *in L.* 23. non corrigi, sed suppleri & clarius exprimi ab Anastasio omissa & quod hic alia subsit ratio. Ad (3) (γ) quod actus nullus nullum pariat effectum, illum scil. quem agentes intendunt sed bene subinde alium. *arg. l.* 62. §. 1. *ff. de contr. Empt.*

Alii fuerunt, qui superfluum Fisco velint tribuere. Carpz. *R.* 31. *n.* 37. & 35. sed cum id nuspiam sit expressum, merito pro solatio debitori hoc tribuimus, pro eo, quod forte alteri adversario protentiori traditus est. *l.* 3. *ff. de litigios.* Aliud est si debitor ipse fisci jus habeat & ipsius nomen minimo pretio vendatur, & si reliquum solvere recuset. *l. Anast.* nixus, dubitari potest, an hoc faciat tanquam debitor, an vero tanquam Magistratus jus fisci habens. Priori respectu jus ipsi competere credo, nisi forte venditor lite pendente actiones ad alium quendam transtulerit, & emptor sciens eam comparavit, tunc enim vitium rei litigiosæ contraxit & fisco locum facit *l.* 4. *pr. C. de litig.* quod sollicitam adhuc dubitationem recipit. Denique posset quæri, anne talis venditio nominis pro modico pretio usuraria sit pœnamque usurariorum mereatur. Vid. Molin. *d.* 361. *per tot.* maxime *n.* 13. & Less. *lib.* 2. *c.* 21. Dn. Mævius citato loco distinguit inter jus Justinianeum quo jure debitori relinqui, sed argg. recentiorum *Imp. Constit. Anno* 1500. Von Wucherl. *Contr. &c.* dicendum videri, id quod excedit verum pretium, publicandum esse veluti usurariam pravitatem redolens, cujus speciem ea pactio habet.

Q. 4. quidnam sit justum & quidnam modicum pretium? Diversa ad hanc *Quæst. Dd.* est responsio. Plerique autem in eo conveniunt, quod justum pretium nominis cessi non debeat præcise ex quantitate ipsius cessi debiti, sed etiam ex ipsius qualitate & idoneitate æstimari, respectu habito ad expensas vexationes & molestias, & dubium litis eventum, ita ut justum pretium illud habeatur, quod

super-

supereſt, deductoeo quod in vexationem eſt impendendum, habita etiam ratione diſpendiorum laboris & moleſtiarum. Bart. *in L. penult. n. 6. C. Mand* Menoch. *lib.* 3. *præſumt.* 129. *n.* 4. Sichard. Anthon. Gabr. Card. Tuſch.

5. An Conſtitutioni Anaſt. ſit locus, quando ceſſio nominis ſeu actionis absque interventu ullius pecuniæ celebratur, ut ſi pro ceſſione actionis non pecunia, ſed alia res data ſit, atque ita non venditio ſed permutatio, vel aliud genus Contractus vel commercii ſit.

1. Obſerv. quod in ceſſione nominis minori pretio facta non ſtatim Conſtitut. Anaſtaſii locum habeat, ſed tunc, ſi pretium attenta qualitate debiti, aliisque circumſtantiis ſit minus tenue, modicum, injuſtum, actionique non congruum.

2. Quod in arbitrio Judicis poſitum ſit, dignoſcere, quodnam pretium in venditione nominis dicatur juſtum. Falſum E. illorum eſt judicium, qui id in eo ponunt, quando nec dimidium continet actionis.

3. Quando cognitum eſt, ceſſionem factam eſſe minus tenui pretio, quod actio non niſi ad juſtam quantitatem exerceri poſſit. Ad quæſtionem autem 5. Reſp. nonnulli dicunt, quod in Conſt. Anaſtas. de vendit. dicitur, exempli cauſa poſitum, adeoque ad omnes Contractus quibus res alienatur, pertinere. Venditionis enim verbum omnem alienationem complectitur. *l. ſtatuliberi ff. de ſtat. liber. Fulgoſ. dubitat.* Poſſet alicui ex ratione introducti juris novi, & expreſſæ tantum venditionis id falſum videri. Verum ratione quæſtionis diligenter inſpecta eam in omnibus Contractibus locum habere deprehendet, quibus actiones absque ulla neceſſitate in alium aliquo accepto transferuntur. Idque nihil refert, pretio an ſpecie aliqua data fiat. Imperator enim litigatoribus & litium interceptoribus reſiſtere voluit, & quid opus fuiſſet.

4. Species in Conſtit. quarum quædam diverſæ ſunt eximere, ſi in Emptione ſola id ſubſiſtere voluiſſet, quod conſtituit, Vid. Brunnem. *ad C. h. t.* Berlich. *Deciſ.* 32.

Titio petente à Sempronio Contr. impleri, hic recte excipit: fructus in herbis vendidi. E. non obligor.

§. 18. Quamvis Jure Romano fructus qui aristis adhuc continentur vendi possint. *l. 78. ff. de Contrah. Empt. Vend. l. 25. ff. de act. Empt.* In Galliis tamen (1) contrarium observari tradit Mornac. & Molin. *Tract. de Commerc. & usur. n.* 470. Specialibus adhuc Renatus Chopp. *Tr. de Privileg. Rustic. lib.* 2. *c.* 5. his verbis: Specialiter vetita est segetum Emptio, commerciumque in solo pendentium, seu quæ in herbis sunt. Const. Regia Ludov. II. & Francisci I. (adjicit) si enim frumenta quæ in herbis sunt, emere liberum esset, hac occasione oneraretur annona, cariorque redderetur. Molinæi hæc sunt verba. Constitutio Ludovici II. non emanavit in favorem Emptorum, sed in favorem pauperum Rusticorum venditorum, qui de facili alliciebantur modica præsenti pecunia oblata ad vendendam spem messis futuræ, tantoque viliori pretio, quanto incertior & pluribus casibus obnoxior, qua pauperum facilitate homines cauti abutebantur. A multis enim vilissimo ementes, si in uno loco vel semel perdebant, modicum perdebant, sed pluris & in multis locis plurimum superlucrabantur, & hac turpi aleatoriaque negotiatione magnum quæstum faciebant. Hinc ex hac justissima eadem ratione, quia hoc negotium facile in Contractum usurarium incidit, idem in Recessibus Imperii constitutum Reichs-Abschied de Anno 1548. *art.* 19.

Nach dehm nicht ohne grosse Verderbliche beschwehrden des armen gemeinen Volcks befunden, daß denselbigen durch etliche eigennutzige geitzige Leute im schein der Kauffmannschafft auff ihrem Saamen so noch auff dem Felde stehen auch an dem Wein an den Stöcken und anderr ihre Früchte Arbeit und Viehe Geld oder ein und anderes ausgeliehen oder gegeben, dadurch dieselbe arme, notturfftige Leute, was sie gahr hartiglich arbeiten, näher dan sich sonst nach gemeinem gewöhnlichem Kauff gebührt, zu geben veruhrsacht und gedrungen werden, welches dan nicht allein denselben armen Leuten zu unwiederbringlichem Verderben, sondern auch

auch ihren Herrschafften denen sie fürther ihr gebührnuß Viel desto weniger zu thun vermögen, zu grossem Abbruch Nachtheil und Schaden gereicht, neben dem, daß solches wider alle Göttliche und Menschliche Satzung, die Liebe des Nehesten und gute Sitten ist. Hierauff setzen und ordenen wir, daß männiglich den armen Mann in der Noht und damit er seine Güter desto stattlicher erbauen, auch sonst mitt anderer Notturfft sich erhalten möge auff Wein Frucht und anders umb den gemeinen Schlag Wehrt und Kauff, wie die zur selben Zeit sind, oder gemacht werden, fürzustrecken und zu leihen unverbotten sein. Wo aber anders den jetzt obermelt gehandelt, und hierin einiger Vortheil Argelist Gefahr oder Betrug gebraucht, so wollen wir hiemitt ernstlich, daß solcher Abkauffer oder Ausleyer die Hauptsumma verlohren, und dazu von der Obrigkeit nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen gestrafft werden soll.

Sic apparet, hanc prohibitionem ad uvas quoque immaturas pertinere. Quamvis enim itidem Jure Romano per *l.* 25. *ff. de act. empt. Vend.* eas emere liceat, & de cætero non idem in vini egestate sit metus qui in segetibus, quare festive Sueton. *in August. C.* 42. Populus Romanus querebatur de inopia & caritate vini, severissime autem eum coercuit Augustus oratione. Satis provisum à Genere suo Agrippa perductis pluribus aquis, ne homines sitirent, vino corrumpi ætatem dixit Propertius, solumque esse gutturis gaudium; Plaut. *in Curcul. act.* 1. *scen.* 2. nihil his tamen obstantibus, quemadmodum ex eadem Reip. ratione Constitutio Gallica ad vindemias futuras extendenda videtur Molinæo, ita etiam & nostræ Reip. prohibitiones illuc extensas cernimus *d. Recess.* Jure Frisiorum immaturas fruges emere prohibetur itidem, ne auferatur vili pecunia incauto miseroque agricolæ à sævis quibusdam Creditoribus, callidis avidisque Dardanariis annona, unde se alat necessaria. Stat. *lib.* 1. *Tit.* 8. §. 1. Hæc tamen non impediunt, quo minus possit pactum intercedere de vendendo tales fruges ea conditione, ut tantum dem, quantum maturi communiter constent eo tempore. Idque pluribus in locis observatur.

Titio petente decem ex pacto, Sempronius recte excipit: Contractus seu pactum usurarium est. E. exinde non teneor.

§. 19. Usuram omnem prorsus damnant & proscribunt oppido multi Theologi, Scholastici, Canonistæ & Politici, parum considerate & prudenter. Wissenb. *ad Tit. ff. de usuris.* De usuris varii etiam egere, imprimis extat de iis Tractatus Molinæi, Christoph. Hag. *de usur. usur.* & Grot. de iisdem eleganter disseruit sæpius citato *lib. de I. B. & P. c.* 12. & passim Vocis usuræ æquivocat, originem, causam, definitionem, divisionem, quæstionem an licita sit, vide apud Hahn. *Tit. de usur.* Usuras per se & ἁπλῶς consideratas non esse ex peccatorum genere, adeoque quasdam licite exigi certum Zang. *Except.* 25. *n.* 1. Jurique naturæ & divino conforme. Si mihi propositum esset, latius de eo agere, probatio non deficeret, idque visum etiam Grotio fuit §. 22. *d. cap. Leges vero humanæ quæ concedunt aliquid stipulari pro usu pecuniæ aut rei alterius &c. siquidem vere stant intra compensationem ejus, quod abest, aut abesse potest, non pugnant cum Jure naturali aut divino, sin eum modum excedunt, impunitatem dare possunt, jus dare non possunt.* Sed Contractus illi usurarii quamvis in genere sumti non sint mali. *arg. l.* 7. *de usur, l.* 6. §. *f. ff. de negot. gest.* communiter tamen accepti pro conventione de usuris illicitis. *arg. N.* 34. *pr.* Jure Civ. improbantur. Nam exercentes improbum fœnus infamiæ juris (2dum Brunnem. *ad l.* 20. *C. ex quibus causis infam.*) macula notantur *per d. l.* 20. pactaque usuraria nulla declarantur. Menoch. *Cas.* 389. *n.* 17. Gail. *lib.* 2. *obs.* 4. & 5.

Nulla alia usurariæ pravitatis pœna in J. Civi. deprehendetur. Jure Recessuum Imperii valde prohibita adjectis pœnis aliis, de qua Constitutiones Imperii in *Comit. August.* Anno 1500 & postea Anno 1539. & 84. promulgatæ, quibus omnibus in universum Judicibus serio mandatur, ne super talibus Contractibus judicent, neque executionem faciant, imo ipsum usurarium amissione quartæ partis sortis multent, Notariusque conficiens hujusmodi Instrumenta usuraria, perjurium committit & ideo infamia notatur, officioque cadit, *Text. in l. jubem.* §. *fin. C. de Testam.* Gail. *d. observ.* 5. Verba der Policey Ordnung zu Franckfurt de Anno 1577. t. 20. ubi fœnus improbum der Ungöttliche Wucher appellatur, cujus exempla ibidem recensentur. Hic quæritur an totus Contr. usurarius pro nullo habeatur? quod negatur, quia quoad legitimas usuras bonus est, Textibus Ordinationibusque Imperii saltem superfluum improbantibus Vid.

Gylm.

Gylm. *Symphor. tom. 3. Dec. seu. Præjud. Cameral. Voc. usur. p.* 54. Menoch. *cas.* 398. *n.* 14. 15. 16. aliam insuper pœnam arbitrariam ad refrænandam usurariorum malitiam præter dictam constitui posse putat, cui assentitur Carpz. qui eos relegatione vel carcere jure puniri docet. Carpz. *in Tr. Crim. part. 2. q.* 90. Jure Canonico privantur Christiana sepultura & Testam. factione *c. 3. extra. de usur. c. 2. de usur. in toto c. 1. de sepultur.* à sacra communione, restitutione vel ab usurario vel herede facienda, appellatio ipsis denegatur, nec Testes esse possunt. Rittersh. *de Differ. Jur. Civ. Canon*, ante *LL. XII. Tabb.* teste Livio usuræ pro libidine fœneratorum exactæ. *L. 12. Tab.* unciaria est permissa quando solvitur annuatim 1. pro 100. Dein sequuta centesima, quæ exæquat 12. pro 100. *L. tandem in eos C. de usur.* alius usurarum modus à Justin. introductus. Ex ultimis *Recess.* Imperii de Anno 1500. 1539. 1548. 1577. Von Wucherlichen *Contr. Rec. Deput.* 1600. annuatim 5. pro centenis permittuntur. Ex consuetudine 6. In nostra Civitate semisses permittuntur propter majorem utilitatem ex commerciorum præstantia proficiscentem, tum etiam majus periculum à Mercatoribus metuendum, quod non iniquum esse Grot. *d. loco.* ad Hollandiorum mores probat. Et adhuc si quis non contentus usuris Lege vel moribus definitis probare volet, sua pluris interesse, omnino admittendus est, etiamsi solitæ usuræ promissæ fuerint. Math. Coler. *de process. execut. p. 1. c. 10. n.* 101. Heig. *p. 2. quæst. 2. pr.* Berlich. *p. 2. concl. 38. n. 9. & 19.* De quo legi meretur præjudicium Facult. Helmstad. à Dno. Hahnio *ad Tit. ff. de usur.* relatum. Diss. Zang. in casu adhuc æquiori, ubi in Chirographo majores usuræ promissæ erant. *Tr. de Except. c. 25. part. 3. n. 9.* Quod secundum communem verius esse putat. Jure nostro Hamburgensi secundum Constitut. Imperii pœna quartæ partis sortis amissio in usurarios improbos statuta *p. 1. t. 20. art. 2. verbis:* Oder aber das von einem hundert Marck Lübisch Jahrlich über 6. Marck zu Zinse verschrieben oder genommen, den auff solchen fall der Virte theil an der Hauptsumme, Immassen den auch hibevor in des Reichs Policey-Ordnung versehen verwircket sein, dem gemeinen gut alhie zugeignet und allein auff das übrige die Execution verstattet und vorgenommen werden soll. Hæc ideo annexui, quia confirmant, totum Contr. usurarium non esse nullum etiam Jure Patrio, & quod tota pœna fisco cedat, secus quam fit Jure *Recess.* ubi pœnæ in duas partes divisæ altera pars cedit

§. 19. Usuram omnem prorsus damnant & proscribunt oppido multi Theologi, Scholastici, Canonistæ & Politici, parum considerate & prudenter. Wissenb. *ad Tit. ff. de usuris*. De usuris varii etiam egere, imprimis extat de iis Tractatus Molinæi, Christoph. Hag. *de usur. usur.* & Grot. de iisdem eleganter disseruit sæpius citato *lib. de I. B. & P. c.* 12. & passim Vocis usuræ æquivocat, originem, causam, definitionem, divisionem, quæstionem an licita sit, vide apud Hahn. *Tit. de usur.* Usuras per se & ἁπλῶς consideratas non esse ex peccatorum genere, adeoque quasdam licite exigi certum Zang. *Except.* 25. *n.* 1. Jurique naturæ & divino conforme. Si mihi propositum esset, latius de eo agere, probatio non deficeret, idque visum etiam Grotio fuit §. 22. *d. cap. Leges vero humanæ quæ concedunt aliquid stipulari pro usu pecuniæ aut rei alterius &c. siquidem vere stant intra compensationem ejus, quod abest, aut abesse potest, non pugnant cum Jure naturali aut divino, sin eum modum excedunt, impunitatem dare possunt, jus dare non possunt.* Sed Contractus illi usurarii quamvis in genere sumti non sint mali. *arg. l. 7. de usur. l. 6. §. f. ff. de negot. gest.* communiter tamen accepti pro conventione de usuris illicitis. *arg. N.* 34. *pr.* Jure Civ. improbantur. Nam exercentes improbum fœnus infamiæ juris (2dum Brunnem. *ad l.* 20. *C. ex quibus causis infam.*) macula notantur *per d. l.* 20. pactaque usuraria nulla declarantur. Menoch. *Cas.* 389. *n.* 17. Gail. *lib.* 2. *obs.* 4. & 5.

Nulla alia usurariæ pravitatis pœna in J. Civi. deprehendetur. Jure Recessuum Imperii valde prohibita adjectis pœnis aliis, de qua Constitutiones Imperii in *Comit. August.* Anno 1500 & postea Anno 1539. & 84. promulgatæ, quibus omnibus in universum Judicibus serio mandatur, ne super talibus Contractibus judicent, neque executionem faciant, imo ipsum usurarium amissione quartæ partis sortis multent, Notariusque conficiens hujusmodi Instrumenta usuraria, perjurium committit & ideo infamia notatur, officioque cadit, *Text. in l. jubem. §. fin. C. de Testam.* Gail. *d. observ.* 5. Verba der Policey Ordnung zu Franckfurt de Anno 1577. t. 20. ubi fœnus improbum der Ungöttliche Wucher appellatur, cujus exempla ibidem recensentur. Hic quæritur an totus Contr. usurarius pro nullo habeatur? quod negatur, quia quoad legitimas usuras bonus est, Textibus Ordinationibusque Imperii saltem superfluum improbantibus Vid.

Gylm.

Gylm. *Symphor. tom. 3. Dec. seu. Præjud. Cameral. Voc. usur. p. 54.* Menoch. *cas.* 398. *n.* 14. 15. 16. aliam insuper pœnam arbitrariam ad refrænandam usurariorum malitiam præter dictam constitui posse putat, cui assentitur Carpz. qui eos relegatione vel carcere jure puniri docet. Carpz. *in Tr. Crim. part.* 2. *q.* 90. Jure Canonico privantur Christiana sepultura & Testam. factione *c.* 3. *extra. de usur. c.* 2. *de usur. in toto c.* 1. *de sepultur.* à sacra communione, restitutione vel ab usurario vel herede facienda, appellatio ipsis denegatur, nec Testes esse possunt. Rittersh. *de Differ. Jur. Civ. Canon*, ante *LL. XII. Tabb.* teste Livio usuræ pro libidine fœneratorum exactæ: *L.* 12. *Tab.* unciaria est permissa quando solvitur annuatim 1. pro 100. Dein sequuta centesima, quæ exæquat 12. pro 100. *L. tandem in eos C. de usur.* alius usurarum modus à Justin. introductus. Ex ultimis *Recess.* Imperii de Anno 1500. 1539. 1548. 1577. Von Wucherlichen *Contr. Rec. Deput.* 1600. annuatim 5. pro centenis permittuntur. Ex consuetudine 6. In nostra Civitate semisses permittuntur propter majorem utilitatem ex commerciorum præstantia proficiscentem, tum etiam majus periculum à Mercatoribus metuendum, quod non iniquum esse Grot. *d. loco.* ad Hollandiorum mores probat. Et adhuc si quis non contentus usuris Lege vel moribus definitis probare volet, sua pluris interesse, omnino admittendus est, etiamsi solitæ usuræ promissæ fuerint. Math. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 101. Heig. *p.* 2. *quæst.* 2. *pr.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 38. *n.* 9. *&* 19. De quo legi meretur præjudicium Facult. Helmstad. à Dno. Hahnio *ad Tit. ff. de usur.* relatum. Diss. Zang. in casu adhuc æquiori, ubi in Chirographo majores usuræ promissæ erant. *Tr. de Except. c.* 25. *part.* 3. *n.* 9. Quod secundum communem verius esse putat. Jure nostro Hamburgensi secundum Constitut. Imperii pœna quartæ partis sortis amissio in usurarios improbos statuta *p.* 1. *t.* 20. *art.* 2. *verbis:* Oder aber das von einem hundert Marck Lübisch Jahrlich über 6. Marck zu Zinse verschrieben oder genommen, den auff solchen fall der Virte theil an der Hauptsumme, Immassen denn auch hibevor in des Reichs Policey-Ordnung versehen verwircket sein, dem gemeinen gut alhie zugeignet und allein auff das übrige die Execution verstattet und vorgenommen werden soll. Hæc ideo annexui, quia confirmant, totum Contr. usurarium non esse nullum etiam Jure Patrio, & quod tota pœna fisco cedat, secus quam fit Jure *Recess.* ubi pœnæ in duas partes divisæ altera pars cedit

dit Civili Magiſtratui Creditoris, altera debitoris. Quod vero Jus Canon. tantas pœnas ſtatuerit, exinde factum, quia (poſterius,) uſuras omnino prohibuit omnibus. Et quod Canoniſtæ hosque ſecuti Scholaſtici & Theologi Pontificii morales in univerſum omnes damnent uſuras, odio ſolius nominis fieri exinde conſtat. (1) Quod concedant, præter ſortem aliquid licite accipi poſſe ratione intereſſe. Panormit. *ad c. conqueſtus extra de uſur.* Paris Card. &c. de quibus Rittershuſ. *Differ. J. Civ. & Can. cap.* 11. hoc vero approbare nihil aliud eſt, quam nomen uſurarum rejicere re ipſa admiſſa. Licitæ enim uſuræ nil aliud ſunt, quam intereſſe. De his vide prolixius Dn. Hahn. *ad Tit. de uſur.* Alii ſunt qui Textus Canon prohibentes uſuras de illegitimis intelligunt, turpibus & nocivis Clericis ſaltem initio interdictis, de quibus Hahn; (2) Quod emptionem annuorum redituum permittant, Germanice Gültenkauff. Inductus autem eſt hujusmodi Contr. primo à Pontificibus *in c. 1. & 2. de Empt. Vend. in Extravagant.* Petr. Frider. Mind. *lib. 2. c. 72. n. 4.* impugnat Emptionem illam, ſub cujus ſpecie tegantur uſuræ & colorentur, cum iſtiusmodi Emptiones revera ab uſuris nihil differant, neque aliter quam ſtipulationes uſurarum vocari poſſint, poteſtate reluendi in ſolum debitorem collata, idque in fraudem ſaluberrimi Contractus Mutui, & in præjudicium Creditoris. Hæc Friderus. Cæterum & ante ipſum contra illas redituum Emptiones diſputavit Hotom. 2. *Obſerv.* 1. *& in Comment. ff. de uſuris* tres docens ſub eo Contr. latere fraudes occultiſſimas, quaſi viperas, aut vulpeculas. Quiquid ſit, differentiam tamen ſubeſſe inter uſuras, Borcholt. *in Tr. de uſuris* expoſuit. Contractus autem ille apud nos receptus eſt *Receſſ. Imper.* 1577. Von Wucherlichen Contr.

Titio petente decem à Sempronio, hic recte excipit: Alea amiſſum promiſi. E. id ſolvere non cogor.

§. De variis antiquorum ludis vide Bouterii *Palameden* Boniſ. 20. *Hiſtor. Ludicram.* Rauchbar. 2. *quæſt.* 25. Joh. de Salas. ſpecialiter Mal-

Malvet. *de Ludis Taxillor.* Horum autem Ludorum varius est modus & usus. In quibusdam ars prævalet, industria, dexteritas, alii sunt, in quibus fortuna seu casus magis, vel solus dominatur. De quibus omnibus quæritur an sint liciti vel illiciti? Distinguo inter jus naturæ & positivum. Jure naturæ utrumque valere, Molina *de I. & I. d.* 510. *n. f.* propter licitam animi oblectationem asserit (2) ubi quid depositum quod cedat vincenti, perinde valere ac donationem rei. *arg.* 1. *Rhet. Arist.* 5. etiamsi intendatur lucrum, nisi subsit animus nocendi, certis tamen requisitis. Verum quoniam Reip. expedit ne quis re sua male utatur §. *ult. I. de his qui sui vel. al. jur.* inque ludis hoc sæpius fiat, Jure Civili Romano ludi alii sunt permissi alii prohibiti. Permissi sunt, qui fiunt virtutis & gloriæ causa ad quod Romani semper respexere. *l.* 2. *&* 3. *ff. de Aleat.* Gloss. *l.* 1. *ff. de aleæ lusu.* Jul. Clar. *lib.* 5. *sentent.* Illi 5. generibus comprehenduntur *l.* 1. *C. eod.* Prohibiti sunt ludi, in quibus fortuna vel potior vel sola, qui nomine Aleæ indicantur. Alea autem in genere omnem lusum denotat, qui casualem habet exitum, in specie Tesserarum, talorum, chartarum pictarum. Aleatorum ipsum nomen infame fuit, ut Cujac. observat. Ratio autem prohibitionis istorum ludorum est prodigalitas blasphemia in Deum & rixæ litesque inde ortæ. *l. ult. C. h. t. n.* 123. *c.* 10.

Quamvis autem Germani olim adeo turpiter aleæ studiosi fuerint, ut cæteris amissis novissimo jactu de libertate contenderent. Victus voluntariam servitutem subiret, & quanquam Juvenis ligari se & vendi pateretur. Tac. *de Mor. Germ.* Hic tamen Ludus à Justiniano recte prohibitus, ita ut promissor non teneatur dare, quia, ut ait Zangerus, talis promissio usuraria est, & proin nullam obligationem inducit *c.* 25. *p.* 3. & quicquid in eo solvitur, per *L.* 3. *C. de aleat.* repeti potest ab eo qui dedit, vel à Parentibus vel dominis, si servi vel filii luserint. *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* quamvis hic utriusque turpitudo appareat. Et sic etiam à liberis quæ à Parentibus deperdita sunt in lusu, usque ad legitimam repeti. Tiraquell. *de LL. Connub, gl.* 5. *n.* 87. imo omnes Contractus & promissiones in ludo prohibito vel occasione ejus facti sunt invalidi. *l. ult. C. h. t.* quod de venditione inter collusores celebrata verum est. Quodsi vel ipse vel ejus heredes in ludo amissa repetere neglexerint, liceat cuique volenti & præcipue Civitatis in qua id fa-

factum est Primati vel defensori repetere & in opera civitatis expendere. Tanta autem prohibitionis hujus servitus est, ut non solum collusores sed susceptores aleatorum coerceantur denegatione actionis ob injurias illatas, tam Civilis, quam Criminalis per *L.* 1. §. 3. *h. t.* actioque 50 annos durat. Communis tamen convivii causa & ad unum assem seu solidum ludere licet.

Quid de J. Saxon. Luneburg. aliorumque locorum consuetudine obtineat vid. Coler. *Differ. I. Civ. & Saxon. Decis.* 173. *n.* 5. Hahn. *ad ff. T. de Aleat.* Limn. *l.* 6. *c.* 2. *p.* 63. De consuetudine pœnam in Jur. Saxon. constitutam non attendi, ludumque non modo permitti, sed & deperditi in eo repetitionem denegari tradit König. *in suo processu Tit.* Klag von Doppel-Spiel. Quæritur autem an debeatur pœna, wann einer das Spielen bey angesetzter Straff zu 10. oder mehr Gülden verredet, & postea tali promissione non obstante ludit, quod Besold. *in Thesauro Practico vocab.* Spielen confirmatum affirmat. Clericus ex quo de bonis suis ad libitum non potest disponere, ludere prohibetur. Paulus Fusc. *in sing. vocab. Clericus.* imo si ludit, excluditur & repellitur à beneficio obtinendo, & si non desistat, etiam ab obtento. Abb. *in c. inter dilectos de Excess. prel.* Huic lusui affines sunt sponsiones die Wettungen, quarum materia residet *in l. si Tit. ff. de V. O.* usitatæ in magnis Civitatibus, quibus sic concertant Mercatores aut alii, & alter alteri per solennem stipulationem aliquid promittit, si hoc vel illud factum fuerit, veluti promitto tibi 10. si hoc vel illud fiat. De J. Civ. dicendum videtur, quod non valeant sponsiones vulgares quæ fiunt in incertum rei eventum, veluti si Gallus vicerit Hispanum, si illi expugnaverint civitatem. Nullum enim in his virtutis certamen cernitur, & lucrum inde captum pro turpi habendum. *l.* 2. *&* 3. *ff. de aleat. l.* 2. §. 3. *ff. de dol. mal. except.* Wissenb. *ad Tit. de aleat.* Paulus de Castro testatur se vidisse sæpius secundum eas quod valeant judicari inter Mercatores Florentiæ. Idem Wehn. *in observ. Pract.* confirmat, & rerum conventum victumque ad solutionem promissæ summæ teneri. Stracha *de I. Mercat. Tr. de sponsionibus* dicit, varias sponsiones in usu quotidiano esse etiam in factis, adeoque moribus nostris idem etiam obtinere dici potest; sponsiones autem an & quando sint licitæ, docet etiam Petrus Binsfeld. *ad c. naviganti de*

ti de usuris quæst. 5. *fol.* 550. Inspicienda hic sunt varia variorum locorum statuta, vid. Grœnw. *ad Tit. de aleat.* & *ad l.* 108 à Titio *ff. de V. Obl.*

Titio petente decem, Sempronius recte excipit: obligatio ad obstagium facta est. E. exinde non teneor.

Jure Civili clementer & legaliter (ut dicit Berlich.) constitutum est, in causa pecuniaria sive pro debito neminem capi & carceri tradi posse *per tot. Text. l. 1. l. ult. post. princ. vers. & omni corporali cruciatu C. qui bonis ced.* &c. adeo ut Creditor, qui capi vel in carcerem aliquem conjici fecit, non tantum Credito suo cadat, sed etiam alteri quem detinuit, vel parentibus, tantam aliam quantitatem dare & solvere cogatur, & dein etiam à Judice loci Corporalibus pœnis subdatur. Regula tamen hæc diversimode fallit, olim etiam in Obstagiis quæ tum in Germania frequentissima erant, atque in Camera multis præjudiciis confirmata. Berlich. Introducta sunt in eum eventum, ut debitores metu ejus tanquam pœnæ cujusdam Contractui additæ solutionem eo citius & commodius præstent, & ita detenti de viis satisfactionum diligentius cogitent &c. Besold. *Thes. in vocab.* Leistung, Leistmanung, Eintritt, hoc enim significat Obstagium. Pactum ipsum definitur, quo fidejussores nomine principalis debitoris, in casu non factæ solutionis tempore convento & constituto obstringunt se Creditori, quod requisiti ab ipso, ejus hæredibus vel alio nomine ad hospitium publicum sibi pro obstagio nominatum omnes & singuli cum tot Ministris & equis, quot in tabula Cautionis sunt expressi, ingressuri, neque inde excessuri sint, donec Creditori tam de sorte, quam de usuris, damnis & expensis omnibus satisfactum sit. Ex quibus quoniam apparet, hunc modum se obligandi fieri quasi per capturam & carcerem, adeoque injustum esse, hinc non solum in universo Imperio Romano Germanico R. A. zu Franckfurt Anno 1577. *Tit.* 17. sed etiam in foro Saxon. penitus sunt sublata & abolita. Ratio prohibitionis in *d. Recess.* additur, non minor est, quod obsta-

gia degenerarint in crapulas & helluationes. Nostri enim Alemanni in Obstagium semel immissi tanquam Antipodes diem pro nocte habebant. Vid. *de pernicie Obstagiorum* Dn. Joh. Ott. Tabor. *in Disput sua Anno* 1644. *Argentorati habita de* Jure *Obstag. in Constitut. Holsat. Provinc.* ubi ea adhuc in usu esse asserit atque elegantissime enucleat. Formam veteris Obstagii vide apud Besold. *Thes. Pract.* verbo: Leistung.

Titio petente promissa servari, Sempronius recte excipit: pactum super crimine. E. exinde non teneor.

§. 22. Quæ publica sunt, privatorum Pactis mutari non possunt. Quare pacto actiones publicæ puta de sicariis aut populares remitti non possunt. Wesenb. *ad Tit. ff. de pact.* Impossibilia etiam pactorum Objectum esse nequeunt. Hinc pacta super delictis sunt nullius. Super futuris plane non licet *l.* 27. §. 4. *ff. de pact.* ubi redditur ratio, quoniam tota pacta invitant ad delinquendum, adeo quidem, ut nec valeat pactio ne quis faciat delictum, quia quisque jure à delicto abstinere tenetur, & turpe est super eo pacisci, ad quod ipsa Lex & ratio honesti quem obligat. *l.* 7. §. 3. *ff. de pact.* Et hinc etiam non valet pactum quo dolus futurus remittitur. *l.* 27. §. 3. *ff. de pact.* si videlicet expresse ita conveniant. Quod de Jure naturæ confirmat Grotius *d. lib. de I. B. & P. c.* 11. Non valent promissa facti per se illiciti, quia ad illa nemo jus habet nec potest habere. At promissio vim accipit ex jure promittentis, nec ultra extenditur. Agesilaus de promisso interrogatus, respondit: Bene si justum est, sin minus, dixi tantum, non & promisi Grot. *c.* 13. Quare nullas vires habebit jurata promissio de re illicita aut naturaliter aut divina interdictione, aut etiam humana, & si quis ob juramentum injusti aliquid molitur agere, si sciat, se non jurisjurandi observantem sed eversorem, utpote quo recta & honesta sanciri solent, fore. *Philo Judæus.* Quoad Crimina commissa, ea sunt vel capitalia, vel non capitalia. De adulterio pacisci non licet, quia ejusmodi conventio qua aliena matrimonia redimuntur in lenocinium incidit. *l.* 2. *l.* 8. *l.* 29. *ff. de adult.*

l. 20.

l. 20. *C. eod.* quamvis Carpz. transactionem de adulteriis concessam esse tradat *Prax. Crim.* De Criminibus & delictis privatis si criminaliter agatur quæ sanguinis pœnam non ingerunt, dato pretio pacisci non licet, & quidem si post institutam accusationem transactum, vel pactum fuerit, reus pro victo habetur. *l. ult. de prævaricat.* accusator incidit in accusationem falsi & pœnam SCti Turpill. Cæterum hodie etiam de his Crimin. transactio licita. Carpzov. Neque enim ex ipsa rei natura hujusmodi transactio vel pactum prohibita. Molin. *de I. & I. tr.* 3. *D.* 47. *n.* 13.

Titio petente promissum, servari, Sempronius recte excipit: Fundus dotalis promissus. E. ego non obligor.

Maritus quamvis dotalium bonorum Uxoris sit Dominus, adeoque etiam fundi dotalis *pr. Tit. Inst. quib. alien.* §. 40. *J. de R. D. l.* 13. 23. §. 2. *ff. de fund. dot.* Potestate tamen Legis quæ tanta est, ut possit modum statuere alienationibus rerum ex justa causa, Fundum dotalem prohibetur alienare, idque primum L. Julia. Nam cum intersit Reip. Mulieres esse dotatas. *l.* 1. *ff. sol. matrim.* providendum fuit, quo mulieri in casum soluti matrimonii dos integra esset, ut porro iterum nubere posset; id vero procedebat, si mulier non consensisset. Ast ulterius ad præcavendum substantiæ muliebris sexus detrimentum sublevandamque fragilitatem Justinianus progressus, derogans Legi Juliæ sanxit, nullam quoque esse alienationem, licet consenserit Mulier, etsi duabus vicibus. Bald. quia Mulieres persuasæ à Maritis possent alias consentire alienationi prædii dotalis. Quid moribus Saxon. obtineat vid. Richter *de succ. sect.* 4. *n.* 2. *n.* 10. *& seqq.* De Jure Canonico quando Juram. accessit, ex ratione Canonica valet alienatio. Alias nec valet alienatio etiamsi ab ipsa uxore facta, Carpz *part.* 2. *Const.* 15. *Def.* 21. Quid alienatio sit, varie disseritur. Brunnem. *ad C. Tit. de fund. dotal.* existimat, alienationem esse actum, per quem Dominium ipsius rei vel Juris transfertur directo aut per consequens, nam & servitutem imponere fundo dotali maritus non

poteſt, nec ſervitutem ipſi debitam amittere. *l. 5. ff. h. t.* ſed per ſervitutem Dominium non transfertur, ſed dominium juris tamen in fundo alteri datur. Hæc ille.

Titio petente res quasdam ex Contr. Sempronius recte excipit: Minorum ſunt quas promiſi E. ex iis non teneor, aut ſi datæ ſunt, actio ad diſſolvendum Contr. obtinet.

§. 24. De minorum conditione infirma inſidiis aliorum lupinis aut occultis quaſi ad prædam expoſita ſupra dictum, proindeque hic repetendum non eſt. Wann aber nun den Obrigkeiten zuſtehet in dem gebührliches und billiges Einſehen zu haben, damit die Pupillen und minderjährige Kinder unbetrogen und unvernachtheilet bleiben. Ordinat. Imp. polit. de An. 1548. Tit. Von der Pupillen und minderjährigen Kinder Tutorn §. wiewohls verſ. wann aber, ipſi autem minores in alienatione rerum ſuarum maxime decipi poſſint, hinc principali clementia curaque publici moti Imperatores his alienationibus rerum minorum modum præſcripsêre, (1.) Itaque non poſſunt regulariter donare res ſuas ne quidem cum Judicis decreto. *l. fin. C. ſi major factus alien.* ex ratione *l. 7. pr. ff. donat.* Inde etiam Curatores res minorum dare prohibentur *l. 22. 46. de adminiſt. Tut.* Minores itaque majores etiam facti res ſuas intra longum tempus à quocunque poſſeſſore vindicare poſſunt. Idem Judicium de venditione imaginaria ferendum. *l. 36. l. 55. ff. de contr. Empt.* Ob ſolam deinceps utilitatem minorum prædia alienari nequeunt. *l. 5. l. 14. ff. de reb. eorum qui ſub Tut.* Si Decretum non intercedat Judicis ſeu Prætoris aut contra illud diverſo modo actum ſit, nihil actum eſſe dicitur. *l. 7. §. 3. ff de reb. eorum qui ſub Tut.* Niſi etiam juſta cauſæ cognitio adſit, aut unum requiſitorum ad alienat. deficiat, alienatio ipſo jure nulla eſt. *l. 2. C. de præd. min. l. 13. §. 13 ff. de ſuſp. Tut.* manente apud minorem rei Dominio. *l. 8. l. 10. l. 11. l. 15. ibi. dominium à te diſcedere non permittit SCti auctoritas. l. 16. C. de præd. Min.* Poterit itaque minor rem ſuam non rite & le-

& legitime alienarum una cum fructibus vindicare à quocunque possessore, *l.* 5. §. 15. *ff. de reb. eorum qui sub Tut. l.* 4. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 14. *l.* 16. *C. de præd. min. l.* 2. 3. *C. si quis ignor. rem. min.* Quibus autem casibus, quomodo alienare adhuc permissum sit, vide elegantissime explicantem Dn. Lauterbach. *Disput. de Alienat. rerum quæ minorum sunt.*

Similiter Sempronius recte excipit: super alimentis futuris Testamento relictis transactum est, ideo promissis stare non cogor.

Solent sæpe optimi testatores multa pie relinquere quæ hære- §.
dum aliorumve fraudibus tamen impediuntur vel in totum, vel ex 25.
parte. Et quibus alimenta relicta erant futura, illi modico sæpe præsenti contenti, & de reliquo transactioni renunciantes, contra decorem status sui egere cogebantur, cui malo hoc remedium legibus quæsitum, ut Magistratus sollicitudo & authoritas tali demum Transactioni robur adderet, *l.* 8. *ibique DD. ff. de Transact.* Cum tamen fraus illa in nobilioribus & honestioribus non præsumatur, hisce etiam sine Prætore authore transigere licitum videtur. *l. cum* 11. §. *si non singulos. ff. d. t.* Tiraquell. *de Nobil. c.* 37. *n.* 114. Mantica *de tacit. & ambiguis convent. lib.* 26. *tit.* 3. *n.* 11. Excipitur etiam casus, cum alimentarius transigendo conditionem suam meliorem facit. Mantica *d. l. num.* 10. Menoch. *de arbitrar. Jud. quæst. cas.* 1170. *in fin.* cumque ex voluntate testatoris vel intercedente religiosa asserveratione transactum est. Mantica *dict. l.* Imo Grœnwegen *ad Leg.* 8. *Cod. de Transact.* Quiritum illum esse apicem & apud complures Europæos diu antiquatum dicit. Sane apud Germanos adhuc locum habere jus illud, ex plurimis JCtis Germanis probari potest. Sic locum hunc de exceptionibus à causa materiali exemplis illustrasse sufficiat. Plura equidem dici possent veluti quomodo factum in venditionem, res liquida in transactionem, res fungibilis in commodatum vel usumfructum, & quæ alia in alias Contractuum species venire non possint. Sed omnia ex asse referre, nec instituti ratio nec argumenti diffusa ubertas patitur.

CAP.

CAPUT VIII.

SUMMARIA.

1. *Contractuum formalia, naturalia, accidentalia.*
2. *Exceptio non factæ traditionis.*
3. *Mutui forma.*
4. *Commodati.*
5. *Depositi.*
6. *Pignoris.*
7. *Stipulationis.*
8. *Contractus chirographarii.*
9. *Emtionis venditionis.*
10. *Locationis conductionis.*
11. *Emphyteuseos.*
12. *Societatis.*
13. *Mandati.*
14. *Negotiorum gestionis.*
15. *Tutelæ.*
16. *Rerum communionis.*
17. *Aditionis hereditatis.*
18. *Condictionis indebiti.*

§. 1. AD omnem omnino Contractum Consensum requiri, hactenus satis superque demonstratum est. Quamvis autem in eo forma (ut ita dicam) generica consistere videatur, specialior tamen alia quædam & magis naturam singularum conventionum exhauriens, Contractusque inter se discriminans extat. Quidam enim non perficiuntur solo Consensu, sed ad complementum formale exigunt insuper alii rei traditionem, pars scripturam, nonnulli verba. Ab hac forma Contractus in reales, verbales, literales & Consensuales dispescuntur. Cæterum formæ officium ex Philosophorum sententia est, ut rem in esse producat, productamque à cæteris distinguat. Unde colligere licet, quantum formalia Contractuum differant à naturalibus & accidentalibus, de quibus nunc pauca, quo posthac, quantum cuique Contractui derogatum sit, eo dilucidius apareat.

Non

Non equidem nos latet, naturam non solum apud Philosophos sed etiam in Jure nostro nonnunquam pro ipsa rei essentia accipi *l.* 7. §. 5. *vers. Item respons. ff. de Pact.* uti Cujac. 2. *Obs.* 15. annotavit, frequenter tamen longeque elegantius formalia substantialiaque Contractus separantur à naturalibus. Vid. *l.* 11. *princ. ff. de act. Empt. vend.* Formalia proin substantialiaque Contractus essentiam spectant ac sine quibus is subsistere nequit, sive essentiam constituant ut forma, cujus generis in omnibus conventionibus late est Consensus, *leg.* 1. *ff. de pact.* & stricte seu specialiter res vel literæ vel verba, sive necessario consequantur. Sed in genere omnium conventionum substantiale consequens est præstatio doli *leg.* 23. *de R. I.* In specie vero *v. g.* Emptionis vendit. traditio rei & pretii numeratio. *l.* 80. §. *ult. ff. de Contr. Empt.* Naturalia Contractus sive adminicula *leg.* 72. *pr. de contr. Empt. vend.* sunt, quæ etsi non expressa, juxta dispositionem tamen legis regulariter insunt, conventione nihilominus partium mutabilia, aut quæ tolli possunt. Ita evictionis præstatio per *leg.* 11. §. 2. *de act. Empt.* ac omnium Contractuum naturale est, culparum pro indole cujusque Contractus præstatio. Vide omnino elegantes duos Textus, *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* & *l.* 23. *ff. de R. I.* Accidentalia Contractus, præter illius essentiam aut contra naturam regularem, conventione singulari adjecta naturam vel augent, vel minuunt. E diverticulo autem ut in viam & ad formam redeamus, in Contractibus innominatis formæ vicem sustinet causa. *l.* 7. *ff. de pact.* quæ facit, ut etiamsi nomine destituatur Contractus, æquum tamen sit actionem dari, eo quod à me aliquid ad te sub certa pactione profectum est. Quid causa sit, (parco ambagibus & explicationi variarum sententiarum differentium) nemo verius Accursio *in d. l.* 7. §. 2. *ff. de Pact.* explicuit. Rectissime is interpretatur *causam* dationem vel factum ex quo vestitur pactio. Non itaque est causa id quod movit, nec finis, sed complementum ab alterutra parte, per quod protinus Contractus fit, adeoque nisi hoc factum sit, nudos placiti fines non egreditur, & pœnitentiam de jure validam admittit. Quid de quasi Contractibus? Hi in genere non verum, sed fictum habent consensum, sæpius obscurum, nonnunquam tantum præsumptum. Singulæ autem species quasi Contractuum habent etiam suam differentiam specificam. Sic negotiorum gestio desiderat ignorantiam Domini

cujus negotium geritur. Tutela vel cura neutiquam. Idem in aliis speciebus usuvenit. Unde cuilibet colligere in proclivi est, si hujus vel illius conventionis formale non adsit, firmam inde nasci Exceptionem.

Sic:

Titio petente decem, sive ex Mutuo sive Commodato, sive deposito sive pignore, Sempronius recte excipit: traditio non est facta, ideo frustra petis.

§. 2. Divisiones & Subdivisiones Contractuum utpote supra recensitas, huc denuo referre nihil attinet. Principio sermo nobis erit de Contractibus realibus quibus formam dat rei traditio, neque enim hi Contractus sine rei traditione subsistunt, neque sine eadem ab aliis distingui possunt, quod *ex l. 1. ff. de O. & A.* perspicuum, ut adeo utrumque formæ officium hic luculenter se ostendat. Verum quamvis tralatitium sit, per traditionem in singulis dictorum Contractuum indubie & absolute necessariam Contractus reales à cæteris qui consensu literis aut verbis perficiuntur, plene distingui, à nobis hoc tamen singularius explicandum esse ex re videtur. Etsi enim in literarum obligatione traditio præsumatur, in quibusdam Consensualibus semper, in quibusdam vero, uti & verborum obligatione nonnunquam subsequatur, illos tamen absque tradi ione perfectos esse constat, in his aliter se res habet. Contra in aliis ad formam requiruntur, quæ in his non. Sed nunc ad specialia.

Titio petente decem ex Mutuo, Sempronius recte excipit: tale negotium inter nos nunquam gestum est, ex quo res fungibilis tradita & ita accepta sit à me, ut ego ea uti ejusque dominium

nium adipisci, adque eandem in quantitate & qualitate, aut plus reddendum obligari potuerim, frustra E. à me Mutuum petis.

Formam mutui in Exceptione Sempronii consistere non dubium est. In genere ergo requiritur primo traditio, unde patet, ea deficiente, tanquam initio obligationis, quod de rerum permut. Paulo *in l. 1. §. 2. ff. de Rer. permut.* placet, deficere statim hunc Contractum, uti ante quoque statuimus. Sed anne sic Mutuum ut Contractus fiat modus transferendi dominii, si quidem traditio talis est, & in mutuo reapse dominium transfert *princ. Inst. quib. mod. re contr. obligat.* quicquid Salmasius ingeniose magis quam vere contradixerit? Respondetur. Mutuum ut Contractus consideratum nihil aliud est quam titulus seu causa transferendi dominii. Traditio autem per quam fit hic contractus, secundum indolem rerum quæ in hanc Conventionem veniunt, est modus. Dominii utique translatio certa, quod ex ipsa voce Mutui, rei fungibilis & mente dantis (id est dominium transferentis. *l. 167. ff. de R. I.*) illam ad abusum, nemini non obvium. Vide Struvium ad *ff. de R. C. th. 8.* quamvis eventus interdum per accidens sit diversus, uti Accurs. *in l. 2 ff. de reb. cred.* (quæ proinde nobis non obstat) exemplum ponit. Intentio enim & finis contrahentium uti in aliis negotiis ita hic etiam Regulæ & naturæ Contractus, non per unum vel alterum contingens depravate, vim conservat. §. 3.

Utrum autem tantum speciei, ita ut genericum Dominium mutuanti adhuc supersit, ut quidam censuit, subtilique opera exquisivit, quamvis minori forte cum usu, nihil interest, solertiusque rimari supervacaneum. Prima exceptio contra mutuum recte desumitur à traditione. Cum autem illa vulgo duplex statuatur, alia vera, alia ficta, quæ fit vel per Symbolum aut analogiam, vel per fictionem brevis manus, hinc oborta est quæstio etiam inter veteres JCtos, an mutuum etiam sit, cum tantum traditio per fictionem brevis manus intercessit, ut puta, mandavi tibi ut centum aureos, quos mihi Titius debebat, meo nomine exigeres, & postea mandato meo exactos tan-

quam creditos tibi permisi, nulla inter utrumque nostrum traditione intercedente; Africano sane videtur non esse mutuum. *l. 34. ff Mand.* Ulpiano contrarium placet. *l. singularia. ff. de reb. Cred.* In hisce conciliandis maximopere defatigati sunt Interpretes. Aliter Irnerius, aliter Accursius, aliter Baldus, aliter Fulgosius, aliter Jason, aliter Curtius, aliter Alciatus, aliter Mantua, aliter Socinus, aliter Cujacius, aliter Corasius, aliter Hotomannus, aliter Donellus, aliter Charondas, aliter Duarenus. Quorum omnium sententias late refutat Nicolaus de Passeribus *de Conciliatione legum p. m. 205. & multis seqq* Ubi tandem *pag. 221.* subjicit: *hæc alii. Ego autem ut quid sentiam libere loquar, arbitror supradicta responsa adeo ad invicem pugnare, ut nulla probabili ratione certe conciliari possint.* Id quod etiam animadvertit Joh. Borchold. *cap. 5. de reb. cred.* Adde Wissenb. *Disp. Jur. Civil. 32. th. 7.* & Viglium Zuichemium *in dict. leg. singularia. ff. de reb. cred.* Quid propter æquitatem (utilitate commerciorum & strictam Juris Civilis rationem & apices tollente *l. 51. ad L. Aquil.*) receptum sit, Praxis docet, & sententia Ulpiani quæ nititur fictione brevis manus prævalet. Jura paulatim increscunt, *l. 11. de Leg. 3.* Cujac. *ad dict. Leg. 34.* Non tantum autem simplex illa nudaque traditio subinde formam efficit, aut ejus defectus destruit, sed talium rerum, quæ pondere numero mensura constantes functionem in suo genere recipiunt *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Idem enim omnino reddi debet non in specie (uti Stoici JCti) alias individuo, sed eodem genere. Porro si nec eo animo traditæ sint ut mutuæ essent, rursus vitium nascitur quod spinosam reddidit conciliationem inter *Leg. 18. de reb. cred. & Leg. 36. ff. de A. R. D.* de quibus mire Dd. dissentientes reperias. Indicant dictæ leges, intentiones contrahentium diversas. Alteri donandi, alteri mutuo accipiendi animus erat. Ulpianus nec mutuum nec donationem adesse, Julianus Dominium transire respondit. Hasce tamen LL. sibi invicem non contrarias statuit Harprecht. distinguens inter traditionem modum acquirendi Dominii & Contractum modum acquirendæ obligationis. Nicolaus de Passeribus *in Conciliat. Leg.* septendecim hujus Antinomiæ conciliationes affert. Bachovius plane dissensum inter JCtos hac de re fuisse existimat, quem tamen falli rectissima Wesenbecii ad h. t. compositio indicat. Hic enim nummos cum Ulpiano, *l. 18.* non accipientis fieri scil. irrevocabiliter intelligit, sed cum Juliano ob titulum

lum

lum translativum transire Dominium ostendit, quia ad formam Mutui quoque refertur, ut idem in genere reddatur, hinc si v. g. pecus alicui datum sit, quod in eodem genere reddi nequit contra formam actum. Item si res fungibilis ea tradatur conditione, ut eadem in specie reddatur, mutui nomen fortassis à contrahentibus non obligatio contracta est. *l. 2. pr. ff. de reb. cred.* Mantic. *de tac. & ambig. Convent. libr. 8. tit. 4. n. 16.* Sic enim quod inter contrahentes ab initio in Mutuo essentiale est negligitur. Mutuo quippe data res alienatur, *l. 1. C. de fundo dotali. l. 9. ff. de auth. Tut.* Præterea etsi justa intercedente traditione rerum fungibilium obligarer, si tamen minus traditum est, quam exigitur, recte excipio. Tantum non traditum, quia decem traditis si convenerit ut undecim reddantur, ultra decem non nascitur obligatio. *l. 11. §. 1. ff. de reb. cred. l. 17. pr. ff. de Pact. l. 9. C. de non num. pec.* nec condictio *l. 11. §. 1.* ex ratione *l. 17.* neque etiam ad modum usuræ superfluum peti potest, per *l. 3. C. de usur.* pacto de usuris à stricti Juris Judiciis alieno. Vid. Reichs-Abschied *Anno* 1577. *tit.* 17. multo minus, (donandi animo deficiente) donationis titulo id quod excedit exigi, *l. 11. l. 21. ff. de Donat.* quippe quod expresse pugnaret contra principia actionum humanarum. Quin autem mutuanti si res in eadem quantitate, genere, qualitate & bonitate non restituatur, competat actio aut exceptio, non est dubium, adeo ut pro re credita ne quidem æstimatio possit invito Creditori obtrudi. *arg. l. 2. §. 1. & l. 3. ff. de reb. cred.* quod in Moneta aliisque rebus obtinet, quæ si mutata sit, in æstimatione vel quantitate discernenda tempus Contractus potissimum inspiciendum. *Id. Jure Patrio part. 2. art. 9.* quamvis me non lateat, aliter (uti nonnullis visum,) inter intrinsecam & extrinsecam bonitatem distingui posse. Dissent. Hotomann. Coras. Donellus.

Titio petente rem ex commodato, Sempronius recte excipit: tradita non est gratis, aut usus nondum expletus vel tempus. E. ex illo Contractu non obligor. Similiter quando Sempro-

-nius rem commodatam non eandem aut deterioratam Titio reddit, huic exceptio datur.

§.4. Omissa condictione indebiti quæ potius distractus §. 1. *I. Quibus mod. re contrah. obligat.* Jam ad Commodatum.

Rem in hoc contractu tradendam esse, generalis omnium Contractuum realium natura nos docuit, sive res sit mobilis sive immobilis, nihil interest, dixi *gratis*, hæc nota est formalis quæ distinguit commodatum à locatione conductione, in qua etsi usus non desit, merces tamen usum rei exæquat. Proinde simulac aliquid datur loco mercedis in commodato, natura sua & obligatione amissa exceptio datur, secus est si honorarium quod nec à deposito nec mandato alienum. *l. 6. ff. mandat. l. 2. §. 26. ff. vi. bon. rapt. l. 1. §. 9. ff. depositi.* Sequitur *aut usus.* sicque à mutuo differentia, quod in abusu consistit, apertissime apparet, item à pignore & deposito, quibus si creditores aut depositarius utantur, furtum committunt. §. 6. *Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc.* Usus vero hic qui certus est, precarium excludit, quod propter indeterminatum usum & licitam semper repetitionem, formam adeoque incertam Contractus nomen non meretur. Addidi *nondum expletus.* Insignis ex signo hoc formali orta quæstio, utrum commodatum ante finitum tempus repetere liceat, distinctione expedienda. Vel enim ipse commodans postea opus habet re commodata, aut non, priori casu vel prævidit futurum usum, tumque quasi posthabita sua utilitate commodatarii commodo, repetere nequit. Si non prævidit, potest Jure Naturali & etiam Jure Civili; si non indiget re commodata, ipsi usu nondum finito eam commodatario, qui Jus ad rem ex contractu quæsivit, intempestive eripere non permittitur, *l. 17. §. 3. ff. Commodati.* Si ipse indiget, exemplo locatoris revocare posse Jure positivo non naturali justum esse vult Molina *disp.* 499. §. *secundo.* Quod dure sane dictum & æquitati minus congruum videtur, cum credendum sit, locatorem & commodantem multo magis ad talem casum se neutiquam obligare voluisse, quo à Ictis recte asseritur. Hæc à parte Commodantis obtinent. Quid si jam Commodatarius rem eandem, (uti in exceptione subsequitur) non reddat, non

Digitized by Google

non obligatus est commodans accipere; quia forma Contractus, quæ ad differentiam mutui consistit in re seu quantitate eadem reddenda vitiata est. Rei namque commodatæ possessionem (animo scil.) & proprietatem retinemus. *l. 8. ff. commod. & l. 9.* Quid si deterioratam, uti proxime addimus, eamque pessime corruptam, æstimatio rei integræ debetur, aut commodatam rem plane amiserit, æstimationem illius solvere tenetur, *arg. l. 3. §. 1. h. t.*

Titio petente rem depositam, Sempronius recte excipit: non ea forma tradita est, ut tibi servaretur, aut mihi illa uti non liceret. Ergo ad illam in specie reddendam non teneor.

Ultra traditionem depositi in formam venit, ut id ea lege fidei alterius committatur, quo servetur custodiaturque gratis, usque dum repetere placuerit deponenti. *l. 1. §. 3. & l. 22. §. ult.* Quæ quidem nota prioribus præsertim verbis differentiam inter precarium optime confirmat, & alios etiam qui similiter re constituuntur Contractus, præcipue distinguit. Nam in reliquis res custodienda aut asservanda non permittitur, sed ut vel accipientis fiat, quemadmodum in Mutuo de quo supra, vel ut accipiens ea utatur prout in commodato, vel ut illa securus sit uti in Pignore. Explicite itaque traditio ad finem illum rei custodiam fieri debet. Hinc si cista male clausa deposita, quæ redditur aperta, depositarius de singulis rebus cistæ inclusis non tenetur, probatioque in cumbit deponenti de inclusis, ab initio & dolose surreptas esse à depositario. Nam si conventum sit, ut possessio transferatur v. g. in sequestrum, (qui regulariter non possidet. *l. 39. de Acquir. poss.* quia species depositi est sequestratio, contra sentientibus multis DD.) non tam res quam possessio apud sequestrum fuit deposita. Hahn. Alia exceptio oritur ex verbis: *Ut mihi illa uti non liceret.* Potest enim conveniri pacto expresso de utendo, & si res fungibiles sunt, consumendo pro certis usuris, si id velit depositarius. *l. 21. 25. h. t.* aut si pecunia non obsignata detur, non addito, in specie seu numero eandem reddendam esse, quod adhuc depositum

§. 5.

ma-

manet certa ratione, sed quia notissimos depositi terminos excedit, improprium, & naturam mutui inducere dicitur. *l. 9. §. fin. & l. 10. ff. de reb. credit.*

Titio petente Contractum Pignoris servari, Sempronius recte excipit: res non tradita tibi aut nulla obligatio præcessit. E. ex Pignore non obligor.

§. 6. Si omnium uti supra asseruimus Contractuum realium forma in traditione consistit, idem etiam de Pignoris Contractu dicendum. Dubium id facere videtur *Lex. 1. ff. de Pign. act. l. 18 princ. ff. eod.* qua pignus etiam nuda conventione sine traditione constituti affirmant. Etsi vero id ipsum non de pignore proprie sic dicto sed hypotheca ab aliis intellectum probari queat, (Pignoris enim nomen, uti alias varie accipitur, ita hypothecam sub se continet) alia tamen ratione id de jure reali quod Creditor nuda conventione consequitur, *l. 44. §. 5. de Usucap.* simulac placuit rem pignori oppositam esse interpretandum, vere statuitur ab Hahn. *ad T. ff. de Pignor.* Sutholt. *diss.* 13. §. 60. In hac Contr. autem præcipua forma in hoc consistit, ut res tradatur in securitatem debiti, ita, ut jus in re transferatur, quo securus sit debitor de recipiendo debito, alias tantum hypotheca, quæ est pactum legitimum, non Contractus erit. Quia vero Contractus pignoris fit per conventionem ad aliam præcedentem obligationem firmandam, ideoque si nec debitum prius præsens vel futurum simplex vel mixtum, Civile, nec naturale (cui etiam pignus accedit. *l. 5. l. 14. ff. de pignor.*) adsit, aut Contractus principalis nondum perfectus *l. 1. ff. Qui pot. in pignor.* Exceptio ex vitio formali obligationem impediente nascitur. Vid. Bachov. *Tr. de Pign. & hypothec. lib. 2. c. 10. n. 1.*

Titio petente decem ex stipulatione, Sempronius recte excipit: verba in stipulationem non congrue

grue deducta, aut animo contrahendi dicta non fuerunt. E. ex istis promissis non obligor.

Verba in aliis etiam Contractibus adhibenda esse, ut Consensus noster explicetur, necessum est, sed ad eorum essentiam formalem seu potius formam specificam (generica enim in quavis interrogatione & responsione consistit) in omnibus non pertinent, sane non sunt inania ut olim in pactis nudis. *l. 7. in fin. C. Commun. utriusque Jud.* sed formam efficientia & stricte necessaria. *l. 1. §. 1. ff. de O. & A. l. 1. §. f. de Pact.* quia hic contractus firmandæ cuilibet Obligationi Jure Civili inventus. Paulus *lib. 5. Sent. Tit. 7. l. 3. §. 1. de Act. Empt. vend.* & proin ex verbis seriis solis animus deliberatus constat (consensu loco materiæ quasi relicto. Strauch. *ad Tit. de V. O.*) Non tamen hoc impedit quo minus solus consistere valeat. Multis id quod diximus Juris Textibus probari posset, & argumentum est ipsa vox stipulationis, stipulum enim veteres firmum dixere, Paulus 5. *Sentent. 7. §. 1. Dicitur, non congrue deducta*, si enim congrua interrogatio præcedens & responsio statim inter præsentes subsecuta (quæ requiritur *l. 5. §. 1. ff de V. O.*) deficiat, nemo obligatur. Inde fluit, absentes quibus colloquendi commercio interdictum hinc exclusos, apertissimam Exceptionem usurpare posse, quoniam se audire invicem debent. *l. 1. pr. ff. de V. O.* nec in scriptis etsi inter præsentes Stipul. comprehendi posse. Non obst. *l. 57. de Donat inter. Vir. & ux.* Literæ enim ibi missæ non de facienda sed facta stipulatione intelligendæ, sicque inutiliter contrahi dici à mutis surdisque, *§. 7. Inst. de Inutil. stipulat. l. 1. ff. eod.* aut alterutro eorum muto vel surdo, quia non sufficit, si quis interrogatus tantum adnuat, naturalis enim obligatio ne quidem exinde oritur. *l. 1. §. 2. ff de V. O.* neglectis enim stipulationis essentialibus, partes ludere & jocari voluisse creduntur. Porro si dissentiant invicem in interrogatione & responsione, utpote si de cepis interrogatus de aliis quis respondeat, forma invalidus Contractus hic est. Ratio est, quia stipulatio natura sua stricta nihil amplius comprehendit, quam quod lingua nuncupatum est. Discrepant autem in responsione vel §. 7.

circa qualitatem v. g. si quis simpliciter interrogatus cum conditione respondeat, aut de diverso tempore quam quæsitum erat, quibus casibus non obligatur, *l.* 1. §. 3. *ff. de V. O.* aut circa quantitatem; quando itaque decem aureos quis à te stipuletur, tu quinque promittas, verborum conceptio pro summa superflua & excedente responsionem (quia & hoc venit) vel interrogationem (ut hic) quippe in qua summa est diversa & incongrua, inutilis fit, *l.* 1. §. 3. *ff. de V. O.* Hæcque simul est conciliatio Antinomiæ, ut Hotomannus existimat, non conciliabilis, quæ extat inter §. 5. *Inst. de inut. stipulat. & dict. leg.* 1. Quid si præpostere concepta sit stipulatio?

De ea quidem olim competebat exceptio, ast post mutationem Justiniani illa reprobata, §. 13. *Inst. de Inutil. stipul. l.* 25. *C. de Testam.* Verborum autem solennis conceptio, (non item solemnium, quia hæc sublata. *l.* 10. *C. de Contr. & committit stipul.*) non solum stipulationis formam absolvit, sed tum demum, si animo contrahendi commerciumque exercendi intercedant. *l.* 7. §. 12. *ff. de pact.* quod ex pactorum natura apparet, quæ etiam interrogatione & responsione fiunt, adeoque omne quod verbis conceptum esset, stipulatio audiret. Forma hæc stipulationis & hodie utilitate sua non privata est, teste Mantica *lib.* 14. *de Tacit. & ambig. convent.* quod in sponsionibus vulgatis, & judicialibus promissionibus aliisque negotiis usus comprobat. Giphan. *in proleg. h. tit.* Mantic. *de Tac. & ambig. convent. l.* 14. *t.* 6.

Titio petente decem ex contractu Chirographario seu literali, Sempronius recte excipit: literis non promisi rem me accepisse, neque restitutionem in eadem bonitate pollicitus sum.

§. 8. Expedita obligatione, quæ re & verbis contrahitur, divisioni nostræ & vero ordini morem gerentes, de obligatione, quæ fit ex contractu literis initio, agemus. Etsi enim non inficiandum, post antiquam nominum obligationem (de qua *l.* 3. §. 1. *ff. de Furt. l.* 6. *de Usur. pr. Inst. de Lit. obligat.*) sublatum, tribus tantum modis re, verbis

bis & consensu obligationem contractam, & nullius præter dictos 3. contractus vestigium *in ff.* reperiri, quod *ex L.* 1. §. 1. *l.* 52. *ff. Ob. & act. l.* 1. §. 3. *ff. de Pact.* & aliis arguitur, quia exceptio non numeratæ pecuniæ erat perpetua, postea tamen etsi serius exceptione non numeratæ pecuniæ à Justiniano ad biennium coarctata, hic Contractus in Republica Romana sensim invalescens, *in Inst t. tit. de Lit. Obl. & tit. C. de non numer. pecun.* numeratus fuit. Non jam disputabimus, utrum ex promutuo ut Bachovius, Conanus &c. latissime defendunt, an vero ex ipsis literis, uti multi alii & fortassis verius, obligatio descendat, neque etiam, quomodo exceptio non numeratæ pecun. intentetur, & quousque competat, hæc enim extra oleas. Nobis sufficit ex vitio formæ exceptiones proponere. Cum ergo sicut stipulatio præcise verbis, ita hic contractus literis ineatur, neque hæ adsint obligatio nulla est, si itaque simul interposita sit stipulatio, non ex literis, sed ex stipulatu obligatio nascitur. §. 2. *inf. de Except.* Præterea quoniam in hac forma & differentia specifica vertitur, ut quis chirographo fateatur, se pecuniam accepisse, simulque polliceatur, (signate loquor *per l.* 3. §. 3. *C. de non numerat. pecun. leg. C. de Post.*) quod illam vel aliam reddere velit, hinc his non additis exceptione tutus est reus; scriptura enim si solam contineat confessionem, non ex literis obligationem, sed probationem tantum inducit, sed si illa contineat promissionem dandi vel faciendi, parit obligationem. Mantica *lib.* 18.

Tantum de hoc Contractu ultimo sequuntur illi Contractus, qui soli nuda & sola voluntate, partiumque absque alia ope Consensu, sive verbis sive per epistolam aut nuncium declarato, perfecti obligationem demum producunt. Maximas differentias inter hos & præcedentes quoad Obligationem (quia hi utrinque obligatorii, priores non omnes tales, hi bonæ fidei sunt, priores non omnes) jam notare consilium non est, multo minus cum Giphano *ad l.* 7. §. 4. *ff. de Pact.* inepte dubitare, utrum etiam Contractus sint, an vero prout is æstimavit nuda pacta, sed statim ad rem nos accingentes, in Empt. vend. ratione corruptæ formæ Exceptionem ponimus.

Titio pedente Contr. Empt. Vendit. impleri, Sempronius recte excipit: Consensus non fuit expressus, nec perfectus, mutuus, nec convenit inter nos de re certa pro certo pretio tradenda.

§.9. Ad essentiam igitur hujus Contractus & formam non traditio, quemadmodum Lege Hebræorum Græcorumque fere sancitum, vid. Seld. *de J. N. & G.* Sed solus Consensus de Jure Civili sufficit, idque propter libertatem utilitatemque commerciorum. *l.* 1. § *f. l. 9. pr. de Contr. Empt.* Et per consequens jus ad rem non dominium transfertur, ipso scil. contractu, quod Grotius quamvis existimet esse commentum Juris Civilis, & sine traditione illud transire, Juri tamen naturali propter intricatam alias negotiorum humanorum naturam Juris Civilis statutum convenire, & cultiorum gentium usu probari existimamus. Opponi nobis posset, actionem non nisi re tradita aut pretio solutio oriri, *l.* 13. §. 8. *ff. de Act. Empt.* Sed respondetur, actionem cum effectu non oriri talem quæ nulla ratione aut Exceptione elidi queat. Nec obstat. *l. 2. C. de Pericul. & comm. rei vend.* ubi Emptio venditio Vini ante admensurationem & traditionem dicitur imperfecta. Respond. Hic tacita subesse conditio videtur, prius Contractum Empt. non prefectum esse (vid. *l.* 35. *ff. de Contr. Empt. Gloss. in ead. leg. & 2. id explicantem*) quam res tradita sit; quo appareat quid veneat, adeoque res certa sit, sicque hoc propter conditionem obtinet & propositum axioma illud, quod conditionales venditiones tunc perficiantur cum impleta fuerit conditio. *l. 7. princ. ff. de Contr. Empt. vend.* ante cujus eventum res quasi nondum venit. *l.* 1. *ff. de Peric. & commod. rei vend. l. 2. eod.* Idem usu venit, si contrahentibus Emptionem scriptis celebrare placuerit. Nec arrhæ etiam Consensuali huic contractui perfectionem addunt, quod quamvis *in pr. l. de Empt. vendit.* ita appareat, non tamen de Contract. perfecto sed perficiendo intelligendum. Hæc ad vocem primam *Consensus.* Jam sequitur *Expressus.* Cum enim tota Empt. vendit. Essentia tantum in

in consensu fundamentum suum habeat, hic per signa ita explicatus esse debet, ut citra dubium appareat, partes serio rem egisse, nec nutante, vaga, sed firma & non simulata voluntate præsente, id de quo agitur, utrumque sensisse, tum enim demum recte consensisse dicendæ. Sic ergo non sufficit de vendendo in futurum concepta voluntas, quæ non Contractum sed pactum de vendendo efficit, alias quando & in quocunque dissentiant, Emptio imperfecta est. *l. 9. ff. de Contr. Empt.* Ita si consensus non sit *perfectus* nec *mutuus* puta quando unus vendere, aliter sibi donari credit, alteri Empt. contrahere animus, alteri non est, non contracta est Obligatio. Hinc resultat etiam, si in Emptoris aut Venditoris arbitrium collata sit conditio in Emptione, utpote vendo tibi si volueris, vel pro pretio à te constituendo, emptionem nullam esse, quia consensus imperfectus eventu nimium incerto, uti *arg. l. 13. & l. 15. pr. ff. de V. O.* Hilligerus probat *lib. 13.* Alia fortis Exceptio exsurgit, si consensus iste in naturali libertate relinquendus vi & metu extorqueatur. Ad vendendum enim neminem invitum cogi posse, *l. 11. C. de Contr. Empt. vend. l. 16. C. de Jure deliber. arg. l. 70. de Rei vend.* innuunt, quamvis multas hoc admittat limitationes Glossæ & Dd. passim observatas. Ex eadem ratione relativa neque ad emendum. *d. l. 1.* Contractus tamen iste ab initio valet, secundum præmissa supra de vi & metu, quamvis Prætoris authoritate rescindendus. *l. 5. C. de O. & A.* vid. Struv. *h. t. th. 7.* Non minus autem dissensus in persona intercedente errore obstat intentioni nostræ, & sic obligationi. *l. 116. §. 2. de R. I. l. 77. de O. & A. l. 9. pr. ff. de C. E.* Ut si putes Stichum te vendere cum Sejus sit, Emptio nulla, *l. 2. §. 16. Pro empto. l. 9. pr. de Hæred. inst. l. 4. C. eod.* Circa pretium si error accidat, Emptio inutilis est. *l. 9. ff. de C. E.* Addit Hahn. nisi emptor assereret minus fuisse, venditor vero majus, ubi valet venditio staturque pretio minori, ut in locatione. *l. 52. Loc. conduct.* Si circa rem erratur & quidem Corpus seu certum individuum aut etiam substantiam, qua constat corpus in quod consensere, itidem Exceptioni ex nullitate ipsius Contractus ansa datur, v. g. si æs pro auro &c. veneat. Potest evenire ut res manca pro integra vendatur, & tum si major pars desit, Emptio nulla. Si in qualitate erratum, & non in nuda plane erretur qualitate, sed aliis quibusdam finibus, itidem Emptionem nullam asserit Struv. *h. t. th. 10.*

Sic

In Contr. Locat. conduct. Locator aut Conductor excipiunt: vel rei usum pro certa mercede in pecunia numerata non concessum, vel usum non integrum, vel opus faciendum non promissum esse.

§. 20. Consensu vel tacito vel expresso rei usum concedendum, vel opus committendum esse, in hoc contractu est quidem generaliter de forma, sed nondum illa vires suas exserere potest, nisi *merces* certa quæ signum hujus formæ essentiale, accedat. *l.* 1. *l.* 14. *ff. Locati.* Sine hac enim locatio non contrahitur. *l.* 52. *in pr. ff. de Donat. inter Vir. & Ux. l.* 23. *ff. Comm. div. l.* 20. §. 1. *l.* 35. *ff. Locat.* Hæc etiam est, quæ distinguit Locationem à Commodato & precario, quæ mercedem non admittunt rei usu gratis concesso, §. 3. *I. Quib. mod. re cont. obl. l.* 1. *ff. de Proc.* Hoc tamen nihilominus de mercedis traditione intelligendum non est, sed quod de ea convenire saltem & consentire oporteat. *Certa* autem merces debet constitui, nec valet itaque, si quando mercedis arbitrium in alterum collatum. *l.* 25. *in pr. ff. Locati. L. ult. C. de Contr. Empt.* Re tamen solita locari certo determinatoque pretio, eaque jam nulla definita mercede locata, posset consistere locatio. Si autem plane nulla constituta, Locatio non est. Mercedis itaque justæ necessaria promissio, uno numero factam conventionem non locationem, sed imaginem tantum ejus efficere arguit, & donationis instar esse. *l.* 47. *ff. Locat.* quia unus nummus mercedi vel pretio opponitur. *l.* 10. §. *fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Etiamsi merces promissa, nisi tamen *in pecunia numerata* constat, regulariter non valet locatio. *l.* 5. §. 2. *de P. V. l.* 1. §. 9. *de pos.* In mercede etiam requiritur ut sit vera non simulata. *l.* 46. *ff. Locat.* Non tantum autem Exceptiones oriuntur ex hisce, sed etiam si Locator ipse re locata opus habeat, *l.* 3. *C. Locat.* aut si usus non ad arbitrium boni viri comparatus deprehendatur. v. g. abutendo aut deteriorando, aut moraliter

mem-

meretriciis aut lenoniis artibus, quod in nostra Republ. confirmatum cerno, *part.* 2. *Juris Patrii*, *art.* 17. Si autem ante tempus expulsus sit Conductor, huic Exceptio competit, & locatori contra hunc, si ante tempus rem locatam deserat, quia nec Locator ante finitum tempus Conductorem de Jure expellere, nec Conductor intempestive rem relinquere potest. *l.* 3. *l.* 15. *C.h.t.*

Titio petente Contractum Emphyteuseos servari, Sempronius recte excipit: prædium non perpetuo nec ad tempus utendum concessum, nec Dominium utile translatum, aut tu annuum Canonem non solvisti, vel re non legitime usus es.

Similitudo Emptionis & Locationis cum Emphyteusi quamvis tanta fuerit, ut inter sese hæc negotia dignosci olim non potuerint, hunc Contractum tamen à reliquis separata sua natura distingui, Zenonis constitutione indubium est. *l.* 1. *C. de Jur. Emphyteut.* §. 3. *l. de locat. cond.* quamvis quod Contractus dicatur, originem à Zenone non trahat, vid. Hotom. Quomodo Emphyteusis cœperit, incertum fere, quamvis apud plurimas gentes obtinuisse cernatur, in quantum differat à feudis, posthæc apparebit. Feudorum autem illorum (ut obiter hoc addam) origo Longobardis à plurimis & communiter adscribitur, sed usus initium ex Historiis petitum etiam aliis populis: ut Frisiis, Burgundis tribui debere existimatum Viro Excell. Dn. D. Erico Mauritio *in Specimine dissertat. Juris Publ.* & ob antiquissimam in Francorum Historia feudorum mentionem Francis potissimum primordia adscribenda probatum, ulteriusq; ostendendum susceptum. Solo autem Consensu hunc Contr. perfici non obstante §. 3. *l. locat.* verbis *fruenda traduntur*, expeditum. Nonne ergo scriptura ad substantiam hujus præcise requiritur? Respond. plurimos id affirmare, sed rectius negari, & vel ideo maxime, quia est Contractus consensu constans, & apparenter pugnantia verba *l.* 1. *C. de Jur. Emphyteut.* §. 1.

tent.

teut. non magis adverſantur huic negotio quam illa in §. *ult. l. de nupt.* dotalibus inſtrumentis ſcripturam ad eſſentiam non deſiderantibus. Solidis aliis argumentis jam explicandis brevitatis memores ſuperſedebimus. Regulariter prædium in Emphyteuſi *perpetuo utendum* permittitur, & perpetuitas eſt de natura hujus contractus, nihilominus tamen ad tempus quoque quibusdam in caſibus concedi poteſt, ſed ex accidenti id eſt. *Dominium utile* conceditur in hoc Contr. hinc ſi Emphyteuta inconſulto Domino jura Dominii utilis exercere i. e. oppignorare, donare, legare, hæredem inſtituere, in dotem eam filiæ dare non poſſit, non eſt vera Emphyteuſis, uti neque pactum neque jus fruendi ſolo Emphyteutico ad Emphyteutam pertineat juſtum eſt. vid. *l.* 5. *C. de jur. dot. l.* 16. §. *f. l.* 18. *l.* 31. *de pignor. act.* Quamvis autem jus utendi fruendi Emphyteutæ permiſſum ſit, ſi tamen *annuum Canonem* ad recognitionem Dominii directi non ſolvat, Contractus ſolvitur & Emphyteuta jure ſuo privatur, Lege puniente moram canonis ſolvendi, qua inſigni damno Dominum afficiens ſe ipſum quodammodo Dominum facere intendit contra Juſtitiæ & formæ requiſita, Jus tum ad Dominum redit, qui Emphyteutam prædio expellere poteſt. *l.* 2. *C. de jur. Emphyteut.* Neque etiam Contractus Emphyteuticus validus, ſi inter partes conveniat, ut Canonis Emphyteutici quantitas arbitrio ipſius Emphyteutæ committatur. Alia Exceptionis cauſa eſt, ſi rei in Emphyteuſin datæ Emphyteuta formam ac ſubſtantiam immutare incipiat. Inde controverſum, utrum ipſi liceat Sylvam, nemus exſtirpare, qua in controverſia decidenda ſemper ad fructum ſeu utilitatem prædii reſpiciendum, ut ſi damnum illi grave inferatur, Exceptio intentari poſſit. Supereſt adhuc alia ſpecialis forma in hoc Contr. cum res Eccleſiæ vel alterius venerabilis Domus in Emphyteuſin dantur, hic enim poſt diligentem deliberationem Prælati Eccleſiæ cum Capitulo habitam, jurantibus Oeconomis & Adminiſtratoribus, nullum inde damnum Sacræ domui inferri, prædium in Emphyteuſin dari ſubſcribereque Capitulum Inſtrumento Emphyteutico & per Canones licentia Apoſtolicæ ſedis exigi debet. Covarruv. *lib.* 2. *var. Reſolut. c.* 17. Ruland. à Valle *Conſil.* 15. *n.* 19. & *Conſ.* 35. Jul. Clarus §. *Emphyt. quæſt.* 16. *n.* 1. Sine iſthac ſolennitate tanquam ſua forma Emphyteu-

phyteuseos constitutio etiamsi maxime utilis Ecclesiæ, nulla tamen est. Bocer. *Class. 2. Disput. 14.*

Titio petente Contractum Societatis servari, Sempronius recte excipit: tale negotium nunquam intercessit, quo Consensus de communicanda lucri causa adhibitus sit societatis intentione, aut ego nullum lucrum & totum damnum tuli.

Formalia hujus Contractus vel ex ipsa Exceptione colligi facile possent, uberius tamen adhuc explicari ex re erit. Societatis Contractus ex amicitia orti forma tam ex Jure Civ. quam gentium est, ut consentiant partes de re communicanda lucri causa. *l. 32. & 37. ff. pro socio.* Si itaque talis consensus nec expressis verbis, *l. 4. h. t.* nec tacita ipsa videlicet rerum collatione. *l. 4. ff. pro soc.* & proposito ineundi societatem declaratus sit, nec societatis Contractus nec Obligatio tenet. Cum itaque convenitur, ut quis *omne damnum, nullum lucrum*, accipiat, societatis forma læsa Exceptionem producit. Jus enim fraternitatis quod societas quodammodo continet *l. 63. ff. pro soc.* non permittit ejusmodi apertam Injustitiam, & omnis Contractus non solum de damno vitando alienus est sed de lucro acquirendo (in quo à donatione differt. *l. 25. §. 1. de Obl. & act.*) initur. Ideoque jure talis societas tanquam leonina (vocab. hoc ab inæquali Leonis cum vulpe prædæ distributione desumto) pro nulla declaratur. *l. 29. ff. h. t.* Neque tamen sola collatio rerum communiter, subinde facit societatem. Ita Emptio rei à pluribus communiter fieri potest, hæc tamen non inducit societatem. Duaren. *ad Tit. ff. pro soc.* sine affectione scil. societatis, ut dicitur *L. 31. & 33. ff. t. h.* Hinc voluntarii Consortii nomen accepit. *l. 52. §. 8. h. t.* §. 12.

Titio urgente Mandatum, Sempronius recte excipit: Consensus Mutuus non est interpositus quo

tibi gratis meo nomine negotium gerendum commiserim, & tu illud susceperis.

§. 23. Mandati Contractus ita dicti, quod in committendis negotiis alter alteri quasi manum det autore Isydor. 3. *Etym.* 24. fidelitatemque eligat, forma in nuda voluntate & gratuito tum imposito tum accepto negotio consistit. *Consensus mutuus non est.* Exulat ergo hinc Consensus fictus & coactus & pretium seu merces, salarium etiam certo respectu *l.* 17. *h. t.* nec hoc mandatum erit quod horum auxilio fit, quia forma in amicitio & officio mercedi plane adverso consistit. *l.* 1. §. 2. *ff. Mand.* Non obst. *l.* 9. *& seqq. ff. Mand* Ibi enim salarium mandato jam suscepto honoris causa constituitur. Inque hoc differt à Locat. conduct. & Contr. innominato Do ut facias, in quibus mercenaria opera præstatur. *l.* 5. §. 2. *l.* 32. *de P. V.* Ex forma illa Mandatarius obligatur susceptum Mandatum exsequi, quod si indefinitum, bona fide agendum. *l.* 35. *l.* 48. *l.* 50. § *f. ff. Mand.* Sin fines determinati, illi servandi. *l.* 5. *pr. h. t. l.* 41. *ff. h. t.* Si itaque contra fines Mandati in damnum Domini actum fuerit, itidem Exceptio nascitur & Mandatarius nullam contrariam retinet actionem. *l.* 4. *l.* 12. *C. h. t.* quod fines Mandati excedens non celebrat Mandatum. *l.* 3. § *f. l.* 4. 5. 23. *ff. eod.* Dicitur *meo nomine.* Hinc excluditur consilium, quod uti non nisi alterius gratia profectum neminem obligat nisi volentem, ita non ad mandantis sed mandatarii utilitatem tendit. Hactenus de veris nunc de quasi Contractibus, quorum primus *Negotiorum gestio*, ex qua hæc Exceptio ratione formæ non observatæ oritur, qua

Titius dicit: se non ignorante Sempronio egisse, ideoque ex hoc quasi Contr. non obligari. Sempronius affirmat se Titium prohibuisse. E. neque se obstringi.

§. 24. Primævæ & ordinariæ naturæ hujus quasi Contractus consentaneum est, absentis negotia geri oportere, quemadmodum *Legis* 2. verbis

Digitized by Google

verbis innuitur, attamen postea ad præsentes extensum est hoc negotium, ut adeoque forma specifica negotiorum gestionis in eo sit quod fiat altero ignorante *l. 5. ff. de O. & A.* Bach. *ad Treutl. ibid.* Nec hoc mirum, quia fictus saltem hic reperitur Consensus; licet vix sit, ut præsentis negotia, qui mandare potest, hunc Contractum admittant. Attamen & illa geri possunt eodem ignorante. *arg. l. 41. h. t.* Primo itaque indubium est, silentium & patientiam scientis ut alias ita hic pro Consensu & Mandato reputari, formamque ipsius negotiorum gestionis intervertere. Hinc ex contrario sequitur, si quis post cognitionem negotii gerendi illi contradicat, negot. gestionem non esse nec obligationem ex illa subsequi, sed negotiorum gestorem nihil consequi. Invito enim beneficium non datur. *l. 69. de R. I.*

Sic etiam in Tutela

Titius excipit: personam & res meas non fideli cura conservasti. E. tibi non obligor.

Secundæ speciei quasi Contractuum quæ Tutela est (quomodo autem quasi Contractus sit, mirabili demonstratione §. 2. *f. de oblig. quæ quasi ex delict.* probatur) forma hæc, quæ in Except. dicta legibus probatur. *l. 22. l. 14. ff. de Testam. Tut. l. 12. §. 3. de adm. & perit. Tut.* Hæsitare liceret hic, qualis adsit Consensus qui quasi Contr. constituere aliquo modo possit, cum quorum requireretur Consensus, pupilli consentire interdum nequeant & potius Munus necessarium Tutela dicatur. *l. 20. C. negot. gest.* Ex maleficio obligati non sunt. Recurrendum ergo hic ad nudam fictionem. Sic circa Communionem etiam §. 17.

Titius excipit: nullæ res inter nos communes sunt ex quibus nobis invicem ita obligaremur, aut non recte divisæ sunt.

§. 16. Communio rerum est quasi Contractus, quo duo pluresve inter quos res quædam sine societate vel mente contrahendæ illius communes sunt ad eas juste dividendas sibi obligantur. Si itaque animus societatis adsit, statim uti jam ante apparuit forma depravata, quo pertinet, si omnes præstationes personales non recte factæ. Hinc si Judex non fungatur boni & innocentis viri officio ut oportebat. *l.* 4. §. 1. *&* 2. & specialiter in fam. herc. judicio collationem nec imperet nec conferre detrectantem rejiciat, aut aliquid indivisum relinquat, non in omnium cohæredum persona condemnationes & absolutiones faciat, aut de cætero recte se gerat quemad. requiritur. *l.* 16. *C. de Collat.* 3. *l.* 25. §. 20. *h. t.* 17. *l.* 55. *&c.* nec obligatio nec actio exinde descendit. In jud. comm. divid. præcedentia si observata non sint, aut cetera, quæ in rebus quæ dividi commode non possunt requiruntur, itidem obligatio nulla.

Similiter.

Titius excipit: nondum adii hæreditatem. E. Ex aditionis quasi Contractu non teneor.

§. 17. Forma hujus negotii consistit in aditione hæreditatis, non adiens autem hæres non obligatur legatariis ad præstanda legata, quum alias contrahere cum legatariis quasi videretur, sed si ex vero ac proprio Contractu defunctus teneatur, similiter hæres ita tenebitur. Jam ad Condictionem indeb. in qua

Titius excipit: revera debebatur nec per errorem solutum est. E. non obligor.

§. 18. Ultima species quasi Contr. est condict. indeb. Cum quis indebitum per errorem solvit etsi ipse revera non contrahat, nec alterum ad rem restituendam obligare velit, præsumitur tamen rem indebitam solvens cum altero convenire voluisse, re non debita solutum reddi debere, eodemque animo & alter existimatur accepisse. Hinc si revera de-

ra debeatur vel naturaliter saltem; nulla est repetitio nec quasi Contr. ille obligat. Multo minus si sciens indebitum quis solvat, cum donare censendus sit, & alter ex hoc quasi Contr. conveniri nequit.

CAP. IX.

SUMMARIA.

1. *Finis conjunctio cum cæteris causis.*
2. *Finis mutui.*
3. *Commodati.*
4. *Depositi.*
5. *Pignoris.*
6. *Stipulationis.*
7. *Literarum obligationis.*

OMnem omnino actionem respicere certum aliquem finem ex eoque æstimari, Philosophorum unanimis ex ipsa ratione desumtus consensus tradit. Cujus itaque finis non observatus est, id ipsum quoque nullius momenti deprehendimus. Quamvis autem hujus Finis cum reliquis causis, Efficiente scil. materia, & forma præcipue tam arcta sit conjunctio & aurea quasi catena constricta compages, ut cum virtutem unius explicare velimus, vix aut difficulter alteram intactam relinquere vel justam seriem tenere contingat, nihilominus tamen ut fieri potest hæc discernenda. Quocirca & nos communem sperantes veniam & ob temporis iniquitatem, majorem, separatim & ut oportet non prolixe jam de vitiis Contractuum ex *fine* negligentes attentio oriundis dicemus. Licet vero ille quatenus Causam efficientem movet ad operandum, cæteris causis prior collocandus sit, quatenus tamen usus rei est per causas jam tum ordinatæ, cæteris causis & posterior & ultimo à nobis aditur. Ordine prius cœpto hic etiam servato primo ad Mutuum contractuum realium primum. §. 1.

Titio petente aliquid ex Mutuo, Sempronius recte excipit: finis nulla ratio habita. E. ex Contr. non obligor.

§. 2. Causa hujus Contr. finalis externa est indigentiæ expletio, communis illa cum omnibus Contr. & negotiis humanis, ut scilicet res necessitati vitæ inservientes, quarum hic in consumtione usus, inter homines communicentur aliique aliorum beneficiis ducti alios iterum sublevent, quo Resp. conservetur. Specialius autem ex fine interno huc referendum, quod res in Mutuo eo animo detur ut aliquamdiu re credita fruatur debitor. *l. 17. §. sicut. Commod.* quod tamen non cum quibusdam perperam sentientibus in hunc sensum detorquendum, ac si saltem in Mutuo ususfructus vel possessio transferatur, aut mutuum sit saltem pecuniæ locatio, nam nec prius verum quia quamvis quasi ususfructus etiam in rebus fungibilibus consistat, hujus tamen à Mutuo constitutio, natura, & dissolutio longe differunt, nec posterius multo minus, uti in forma Mutui supra visum. Si autem aliquamdiu (ut modo statuimus) debitorem frui hujus negotii finis sit & statim creditor cum sacco ut dicitur *L. 105. ff. de solut.* venire paratus sit, debitor ex hac L. fortius excipere potest qua spatium aliquod relinquitur debitori ad rem suo arbitrio usurpandam.

Similiter.

In Commodato ex finis defectu Titio Exceptio datur.

§. 3. In Commodato quia tantum usus transfertur non rei Dominium, ideoque finis est ut Commodatum restituatur. *l. 2. ff. de reb. cred. §. 2. I. quib. mod. re contr. oblig.* quia in hunc Contr. non res fungibiles sed species eodem numero restituendæ veniunt, ideoque si alicui rem talem dem quæ finem hunc explere nequeat puta quæ fungibilis sit, (quamvis ea interdum dicis gratia commodetur) alter ex Commod. quod

quod nullum fuit, non obligatur. Non officit quod commodare aliquando sit Mutuum dare. *l. 3. C. de his qui ex pub. rat. mut. acc.* Extenditur enim significatio ibi ad usum, uti Ciceroni *in Offic.* etiam accipitur & in lingua nostra Germanica indifferens horum vocabulorum usus. Eodem modo si res deteriorata sit quam reddere quis sustinet, excipi potest, finem non observatum quia re deteriorata nihil reddi videtur, nec sic obligatio vigere potest.

Titio ex deposito agente Sempronius excipit: non in hunc finem tradita est res ut custodiretur.

Cum homines non semper omnium rerum suarum possint esse Custodes operaque interdum aliena indigeant ad custodiam & defensionem illarum, hinc illas aliis solicite commendare solent. Si vero in hunc finem non sint traditæ, ad illum etiam non obligatis contra agentes Exceptio oritur, quamvis hoc limitationem in irregulari deposito recipiat uti prius in forma dictum. Exinde colligitur, si aliud quid commissum fuerit principaliter, licet custodiæ conditio fuerit subsecuta, non contrahi hoc modo obligationem ex deposito. Mantic. *de tac. & amb. convent. lib.* 10. *tit.* 1. *n.* 8. Alius finis est, ut pro lubitu & quandocunque reposcere rem eandem liceat. Quod si autem accidat, finem hunc per conditionem aut rerum qualitatem impediri, Except. nascitur. §. 4.

Eodem mod.

Titius in Contr. Pignoris excipit: finis non attentus. E. non obligor.

Finis in hoc Contr. duplicem considerationem sustinet, vel respectu Debitoris, vel Creditoris. Illius est securitas debiti quo nimirum facilius ei credatur. *§. ult. I. quib. mod. re contr. oblig.* Finis re- §. 5.

spectu

ſpectu Creditoris rei in pignus traditæ obligatio. *l.* 17. *ff. de pignor. act.* *l.* 17. *C. eod.* Vid. Pac. *lib.* 20. *tit. de pign.* §. 17. Contractus jam proximus eſt Verbalis, cujus Exceptio itidem ex vitio finalis cauſæ oritur.

Sic

Titio petente decem, Sempronius excipit: finis non fuit, ut verborum vinculo obligaret etiam nulla re interveniente.

§. 6. Quamvis utile viſum fuerit Juris Romani conditoribus talem conſtituere Contractum, qui ſine aliis concurrentibus adminiculis contrahentes obligaret, quia res interdum præ manibus non ſunt, attamen niſi animus ſeu intentio clara finisque reſpectus habeatur, obligatio nulla eſt. Finis internus & remotus eſt, ut ſtipulatione comprehenſa præſtentur. Finis externus eſt, ut obligatio contra promiſſorem firmetur indeque actio acquiratur. Perſonarum autem vel rerum vel ludicræ conventionis qualitas huic fini ſæpius officiunt atque ſic obligationem deſtruunt. Temere enim effuſa verba aut à perſonis invalidis vel de rebus non habilibus nequidem pacti, multominus Contractus vinculum inducunt. Hinc ſi quis dicat: Ego cras Conſtantinopolim ibo, ſi tu Romam iveris. Hic quamvis interceſſerit promiſſio, tamen non cenſetur ſeria fuiſſe & animo obligandi facta niſi profectio ſubſequeretur. Sic itaque nec præſtantur ſtipulato promiſſa (qui finis internus) nec obligatio contra promiſſorem firmata eſt, ut actio inde acquireretur, quem finem externum ſive intermedium dixeris.

Titio petente decem ex Literarum Obligatione Sempronius excipit: finis neglectus qui erat pecuniæ numeratio.

§. 7. Quoniam in Contractu liter. finis hic eſt, ut numeratio pecuniæ fiat, illa tamen non facta poſt datum jam Chyrographum, querela

non

non numeratæ pec. à Justiniano introducta, qua quis pecuniam, quam spe futuræ numerationis accepisse confessus est, se non accepisse queritur. Proponitur autem hæc querela vel per modum replicationis vel actionis aut denique Exceptionis idque utplurimum, hæcque Exceptio valida est in omni negotio ubi spes futuræ numerationis confessionem rei non acceptæ aut invicem promissionem vel dationem expressit. *l. 14. in pr. C. de non num. pec.* Cum autem post lapsum biennii præsumtio Juris sit, pecuniam numeratam esse, & ideo huic Juris remedio intra biennium tantum locus relinquatur nisi intra illud debitor jam tum questus sit, quia tamen ista præsumtio non est Juris & de jure Lexque injurias Creditorum tollere voluit, probare sustinentem, pecuniam non esse numeratam etiam post biennium audiendum esse communis *Dd.* est consensus Praxi etiam confirmatus. Idemque jure nostro Hamburg. obtinet *part. 1. tit. 23. in fin.* quamvis forte contra strictam Juri. Civilis rationem hoc de casu silentis. Summa autem hujus Exceptionis æquitas sita est in defectu fundamenti Obligationis & auxilio pauperum, qui futuræ numerationis spe illecti acepisse se confitentur quod nunquam acceperunt, idque vel simpliciter vel etiam addito tempore certo ad quod illos sæpissime inopia, quæ durum telum, adigit. Plura apud *Dd. passim.* Zang. *part. 3. c. 14.* Carpzov. *part. 1. c. 32. def. 66. & 67.* In quantum tamen Jus Hamburg. circa Except. pecun. non numeratæ à Civili abeat, vid. *part. 1. tit. 24.* De Contr. Consensualibus & quasi Contractibus idem ratione finis vitium eosdem producit effectus.

Recte observatum Aristoteli, *lib. 5. Eth. 5.* commutationum naturam in Instrumentis versari, horum autem naturam in usu consistere & ex hoc illa æstimari. In locum autem usus qui singulas res inter sese comparat & interdum deficit, ex instituto hominum successisse nummum, cujus auxilio intercedente consensu *Emptionem* celebramus. Finis itaque hujus Contractus est, ut necessaria hominum societati communicentur & perpetua pecuniæ æstimatione difficultatibus permutationum subveniatur. *l. 1. ff. de contr. Emp. vend.*

Locationis finis externus idem est cum aliis Contractibus. Internus fruitio per communicationem usus rei vel operæ. Quomodo hu-

jus finis corruptela existat, facile colligi & ex forma partim apparere potest. *Societatis* finis externus est, ut ad lucrum & quæstum invicem communicandum ex operibus vel rebus communicatis ineatur. *l.* 7. 8. 12. 13. 30 *ff. pro socio.* Et hoc ex ipsarum partium dum contrahunt intentione colligitur. Finis internus est rerum & operarum communicatio. Vid. Bachov. *in Not. ad Wesenbec.* Ex hoc fine considerandum venit utrum simpliciter omnium bonorum fuerit societas. *l.* 1. §. 1. *h. t. l.* 73. *pr.* & §. 1. *h. t.* aut non, alia enim atque alia tum competunt pro diversitate scil. finis qui vel est ut omnia communicentur etiam citra quæstum, vel quæ ex quæstu proveniunt. *Mandati* finis externus est, ut quibus rebus ipsi interesse commode nequeamus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponatur, à fine quoque dependet, quod quinque modis contrahatur nec tantum Mandatarii gratia, quippe hoc Consilium saltem dicitur, quod non obligat nisi dolus intercedat aut alia quædam singularitas, alias consilium dans dicit quod sibi videtur, nec ullam imponit audienti necessitatem, sed ipsi relinquit jus liberum.

Finis *Negot. gest.* est ut eorum qui ob nimiam festinationem rebus suis abscedere aut ultra quam speraverant, diutius abesse coguntur negotiaque inexpedita relinquunt curentur ne pereant.

Finis *Tutelæ* est Tuitio liberorum, qui propter imperfectam ætatem rebus suis præesse nequeunt. Finis *legitimæ Tutelæ in l.* 1. *pr. ff. h. t.* est, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. Vid. Hahn. & Wesenb. *h. t.* Sequitur finis in *communione rerum* explicandus, quoniam autem illa vel universalis unde familiæ herciscundæ actio vel particularis unde communi dividundo, §. 3. & 4. *I. h. t.* horum Contract. Finis est ut res communes conserventur & deinde juste dividantur. *Aditio hæreditatis* finem habet hunc, ut legatariis & fideicommissariis solvatur ab hærede quantum iis competit. *Indebiti solutionis* Finis est ut non debitum per errorem solutum reddatur. Quam juste ex fine singulorum horum negotiorum depravatæ Exceptiones descendant, cuilibet judicare facile.

Ita amplam negotiorum humanorum naturam cernimus, ut nec omnis

omnis legibus comprehendi nec qui casus evenire possint, excogitari possit, quam ob rem relinquendum esse aliquid hominum arbitrio pro re nata ab illis ipsis constituendum, utilitas commerciorum suadet. Hinc permissum legimus, Pacta Contractibus licite adjici, hæcque legem illis dare, mutatis quæ alias ex constituto Juris Civilis sancita erant. Pacta sequi naturam Contractuum quibus adjiciuntur quosque formant. *l. 7. §. 5. ff. de pact.* Non tamen libertas illa contrahentium eo extendenda, ut illi quiquid velint pactis suis invertere optime provisum possint, sed ita moderanda sunt, ut nec in fraudem legis nec Contractuum detrimentum quid unquam fiat. Idque singulos illorum paucis intuentibus mox patebit, Contrarium autem iis esse potest aliquid in genere sumptis. Ut si quis in *Contr. b. f.* pacisci velit, ne dolus præstetur, quæ pacta contra naturam Contract. uti nullo modo permissa ita plane inde arcentur. *l. 23. de R. I. l. 27. §. 3. ff. de pact. l. 17 pr. ff. Commod.* quia invitant ad delinquendum. *l. 27. §. 3. ff. de pact. l. 17. ff. Commod.* Vel in specie. Ita si in *Mutuo* usuras pacto pollicerer, illud nullo Jure Validum esset propterea, quod non solum uti jam tum indicatum formam Mutui destruat, sed etiam in fraudem legis fiat, quæ pacto usuras deberi negat. *l. 11. ff. de reb. cred. l. 5. C. de legib.* Usuras autem sapere videtur si pecunia deterior debitori à Creditore mutuo sit data ut melior reddatur, hinc hujusmodi pactum reprobandum creditur. Hostiens. *de usur. in fin.* Rudolph. *de usur. quæst. 45. & 46.* & alii. In *Commodato* itidem ex Pacto exceptio oriri potest, idque vel si de dolo futuro non præstando conventum, quæ conventio ut bonis moribus è diametro contraria nec in hoc nec in alio Contr. sustinetur. *Leg. in Commod. in pr. ff. Comm. l. 1. §. 7. ff. depos.* Ex aliis pactis huic Contr. adjectis & non servatis Except. descendunt veluti si pactus sim de re commodata certo loco vel tempore reddenda. *l. 5. in pr. ff. commod. & t. t. ff. de eo quod certo &c.* aut si commodatarius casus & omne periculum in sese receperit. *l. 1. C. h. t.* quo casu de solitis & insolitis tenetur, *l. 78. § fin. de contr. Empt.* licet casus specialiter non recensuerit Busius *ad l. 15. §. 2. ff. locat. n. 8.* In *deposito* seu Commendato (uti id jure variarum gentium & nostris etiam statut. ita appellatur) idem pactum de dolo non præstando Except. producit. In Pignore pactum unum maxime notabile Commissorium ipsum Contr. inutilem reddit. Est autem quo inter Creditorem & debito-

debitorem convenit, ut si præstituto tempore debitum non exsolvatur, res oppignorata pro quantitate debita pleno jure acquiratur. In *stipulat.* si conditio impossibilis adjecta sit quid operetur, supra jam dictum idque in omnibus Contr. In *societate* cujus natura est ut possit semper abire ab illa propter favorem proprietatis & impedimentum litium quæ in communione semper occurrunt, frustra contrarium pactione inducitur. *l.* 14. *ff. pro socio* quæ proinde non servanda est. Si etiam promissio in convent. obscura sit itidem non valet Contr. si quid quod pondere mensura numero continetur sine horum adjectione in stipulatum sit deductum, tunc enim imperfecta est stipulatio. *l.* 115. *ff. de V. O.* Idem obtinet si stipulatus essem Insulam ædificari non demonstrato loco vel fundum dari non adjecto nomine, hæc incertitudo vitiat stipulationem Bart. *ad l.* 95. *ff. de V. O.* aut si simulatio vel fictio quando quidem extrinsecus Contractus celebratus sed revera alia intentio & conventio de alio Contr. partibus proposita, vel nihil omnino agi consilium sit, sic *Emptio* posteriori casu imaginaria dicitur *l.* 55. *ff. Empt.* & nihil valet habeturque pro non inita. Item si placeat *Contractum* quendam *consensualem* in scriptis celebrari, & placito huic non sit mos gestus, itidem excipi contra tenorem Contractus potest, aut si de culpa vel omni vel majori quam ex natura Contr. præstanda erat pactio non servata sit. Conditio adjecta & non observata sæpe etiam Contr. annihilat. Hæc quomodo Jure nostro Hamb. confirmentur videat cui placet *part.* 2. *tit.* 8. *art.* 9. *it. art.* 11. 12. *eod.* In quibus Legis Commissoriæ & in diem addictionis natura innuitur cum adposita Emtioni sunt.

Sic de Adjunctis & effectu eorundem tetigisse quædam oportuit, & ita jam hinc Dissertationi coronidem imponimus.

Disser-

Dissertatio subitaria HENRICI CHRISTIANI SENCKENBERGII, Jurisconsulti, de Exceptione Juris Germanici, qua Evocationes illicitæ dicuntur, ex Juris Publici ac Privati scitis, nec non usu fori & pluribus monumentis anecdotis conflata.

PRÆFAMEN.

MUltæ dantur Exceptiones, quibus in foro quidem sæpius locus, nullibi vero in libellis, quos de Exceptionibus conscriptos legimus. Prima atque unica fere hujus neglectus causa in eo sita est, quod in iis Juris Interpretibus nihil de his notatum invenerunt, ex quibus sua plerumque corradere solent. Hunc certe in censum referri debet *Exceptio dilatoria, qua Evocationes in Germania illicitæ dicuntur.* De hac & nostro ævo & olim multum litigii, & tamen nullibi apud Scriptores Exceptionum Juris privati, ejus rationem habitam videas. Juris publici sane Consultis eam quasi Clientelarem tradiderunt, utpote quibus & reliqua Germanici Juris, privati licet, Jure nescio quo, obvenerunt. Horum quidem aliqui, dum *Aureæ Bullæ Carolinæ tit.* 8. §. 1. & *tit.* 11. illustrant, satis digne circa hoc thema versati sunt, ita tamen, ut spicas lecturo nondum otium sit. Spicas ergo colligere, simul vero omnia quæ de Evocationibus dici possunt justo ordine exponere decrevi, cum sane forensis tritura cuncta ad hunc locum spectantia, in unum corpus redigi exposcat. Abstinuissem hac opella, si me actum agere deprehendissem, sed quo magis eos qui separatim de Evocationibus scripserunt tracto, eo magis ad humeros labori supponendos incitor. Neque plura ab iis expecto, quos videre non contigit, cum celeberrimi diligentesve non omnia exhauserint. Fortassis vero interest Lectoris, eorum nosse nomina, qui hoc stadium ante me sibi decurrendum sumserunt, unde nec ea

invidebimus. Primus ergo quod sciam, Balthasar *Kauxdorffius* de Jure de non evocando & non appellando dissertationem emisit, mihi quidem non lustratam, Benedicto tamen *Carpzovio* in Libro de Lege Regia Germanorum *c. 9. Sect.* 5. §. 11. memoratam. Alterum locum, hic quem dixi *Carpzovius* sibi vindicat, in Dissertatione de Jure ac privilegio Serenissimorum Principum Electorum & Ducum Saxoniæ de non appellando, (Dissertationibus ejus primo 1651. 4. postea 1666. in fol. Lipsiæ junctim editis inserta) Evocationes simul enodans, quas aliis quoque in scriptis tangere non prætermisit. Excipit hunc Gottfridi *Suevi* de Avocatione causarum Dissertatio, Wittebergæ 1654. tuente Casparo Alexandri in lucem data, quem Johannis Sebastiani *Gambsii* Imperatorum Romanorum Reipublicæ Argentinensi privilegiorum concessorum Triga, de non evocando, de non appellando, & de Austregis, Dissertatione Inaugurali, Argentorati 1678. proposita, immediate sequitur, inter non pessima id genus scripta merito suo referenda, licet hodiernam vim atque effectum privilegiorum de non evocando penitus negligat. Majora vero præstitit Vir dum vivebat Illustris Petrus *Stockmans* in erudita Defensione Belgarum contra Evocationes & peregrina judicia, quæ licet curiæ Romanæ inprimis sit opposita, Evocationes tamen civiles itidem tangit, atque Belgarum adversus eas rationes sistit. Edebatur opusculum primo separatim, nunc vero inter opera viri, Bruxellis 1701. 4. edita, ultimum obtinet locum. Praeterea lectu dignissima est Joh. Gothardi *von Bæckellen* de prima mediatorum instantia disquisitio, Helmstadi 1685. defensa, quippe cui nec antiquitatis, nec moderni usus notitia desit. Omnium vero diligentiam superavit Vir de Themide Germanica optime meritus, Dietericus Hermannus *Kemmerich*, sub cujus umbone Christianus Fridericus Hinckel Wittebergæ 1726. Dissertationem Juridicam, de Jure de non evocando, Electorum Principum & Statuum Imperii, aliorumve immediatorum & mediatorum defendit, luce Historica pariter ac Juridica instructam, quæ omne tulisset punctum, si (1.) huc pertinentia multa capita non omisisset, (2.) Antiquitatem tam Romanam quam Germanicam paulo curatius trutinasset, (3.) in decidendis controversiis potius veritatem, quam *Titium* aut Dn. *Ludewigium* secutus, (4.) fines Jurium de non evocando hodiernos, ut par est, regere voluisset. Extat præterea in for-

formaquam quartam vocant, viri cui multa debemus, Johannis Petri *de Ludewig*, de prærogativis Wurtembergici Ducatus, præsertim adversus Appellationes, Evocationes & Austregas Tractatus, Halæ 1719. prælo liberatus, multa quidem continens utilia, iis contra placens ex asse, qui omissum caput Juridicum æquo animo ferre, Rebuspublicis subalternis Imperii Germanici tribuere omnia, territoriorum clausorum & Ducatuum originariorum ab omni ævo repetitam existentiam animo concipere, reliquave Ludewigiana absque examine sequi didicerunt. Et de his quidem hactenus, quos vero *Lipenius* Contin. in Bibliotheca Jurid. adducit, Petrum *Rebuffum* de Appellationibus & Evocationibus, (sive ut rectius efferas Comment. ejus ad Regias Constitutiones his rubris insignes) necnon Immanuelem *Sutorium* de non evocando, Jenæ 1641. & 1661. 4. nec lustrasse nec vidisse me memini, fors quoque neutrum mea multum interfuit. Quid autem ultra eorum quos legi industriam à me præstitum sit, æquus Lector & me non monente intelliget, cujus favori me meaque committo, eumque bene rem gerere, & avere cupio. Dab. Dhunæ CIↃ IↃCCXXXII. Idib. Quinctil.

CAPUT I.

Evocationum Etymologiam, Homonymiam, Synonymiam, earumque apud Romanos usum examinans.

SUMMARIA.

1. *Evocationis verbi multiplex usus.*
2. *Evocatio quid in re Judiciaria? Scopus auctoris. Evocationis Synonymia.*
3. *Status Evocationum apud Romanos. De Evocationibus in Provinciis.*
4. *De Evocationibus extra Provincias. Evocatio per Rescriptum Principis.*

5. Evo-

5. *Evocatio ex privilegio causæ aut personæ. Evocatio ob forum contrahendo aut quasi contrahendo stabilitum.*
6. *Evocatio ob casum testimonii.*
7. *Plura argumenta quibus docetur Romanis Legibus prohiberi Evocationes extra Provincias. De prorogata Jurisdictione.*
8. *Confirmatio Legum evocationum prohibitivarum.*
9. *Non aliud obtinuit in Monachis, qui & ipsi in Provincia Jus reddidere.*

§. I.

E*Vocationis* verbum Romanum esse, vel primus obtutus docet, inde ad Germanos cum Legibus devenit. Derivatur ab *è* & *voce*, quasi dicas, aliquem extra locum, ubi moratur, vocare. Variæ vero dantur Evocationum apud Romanos species, modo enim hæc vox *simpliciter*, pro qualibet vocatione in genere accipitur, utpote si aliquem foras evocasse dicaris, modo per translationem ponitur pro *averto*; uti etiam ea usus est Cicero, *Tusculan. Quæstion.* 1. quum *à negotiis evocare animum*, pulcre protulit. Alia vice evocare est precibus elicere, prout ante urbium Expugnationes Deos evocari moris erat, prout etiam fieri solitum, quando solum quod religio occupaverat, communi omnium usui reddi debebat. Nil opus ut de hoc more, quippe nihil in præsens ad nos attinente, multa verba faciamus, videri tamen poterunt Macrob. *Saturnal. lib.* 3. *c.* 9. Ulpianus *in L. Sacra* 9. §. 2. *ff. de Rer. divisione.* Plin. *Histor. Natural. lib.* 28. *c.* 2. *Servius* ad illud *Virgilii*:

> *Excessere omnes adytis arisque relictis*
> *Dii &c.*

& quorum numerus non est. Aliquando etiam *Evocationis* verbo utuntur *Grammatici*, ubi verbo primæ vel secundæ personæ, Nominativum tertiæ præpositum esse, designare volunt. Rursus ad *civilia*, ubi Imperator vel Præses Provinciæ aliquem ad conventum vel Comitatum evocare dicitur, transfertur. Hinc *evocatoriæ Epistolæ*, quibus aut absentes proprio motu à principe evocabantur, aut petentibus ad Comitatum admitti, veniendi facultas fiebat. Neque enim cuilibet permissum erat, sine Evocatoria ad Comitatum se conferre, uti

uti vel *L. 3. C. Theodos. de Decurion. & silentiar.* docere posset. Prioris generis Evocatoriarum Exempla occurrunt apud Cassiodor. *Variar. lib. 5. Epist. 27. & 28.* posterioris vero apud eundem *lib. 7. Epist. 34. & 35.* Sed ne diutius te teneam, vid. Cangium *voce: Evocatoria in Glossario.* Transimus nunc ad *militiam*, ubi rursus Evocationes, quando secundum Isidorum Orig. *lib. 9. c. 3. ad subitum bellum non solum milites, sed & cæteri evocantur, unde etiam consul solebat dicere: qui Rempublicam salvam esse vult, me sequatur.* Occurrunt etiam *Evocati*, duplicis generis, alteri Græcis παίαρχοι, de quibus præter *Cangium* Gloss. med. & infimæ Græcit. Suetonius *in Galba, c. 10.* hunc in modum: *Delegit & equestris ordinis juvenes, qui, manente aureorum annulorum usu, evocati appellarentur, excubiasque circa cubiculum suum vice militum agerent.* Alteri iisdem Græcis ἀνάκλητοι vocati, utpote emeritis stipendiis rursus militatum evocati, quorum conditionem pingit Turnebus *Adversarior. lib. 1. cap. 9.*

§. II.

Verum omnia, quæ hactenus de Evocationibus disseruimus, nos non admodum tangunt, cum tantum de ea Evocationum specie dicere constituerimus, ubi quis à Judice ad causam coram se dicendam evocatur. Cum autem evocandi verbum & hoc in sensu Romanis latissime pateat, generaliterque omnes evocationes absentium & latitantium sive in provincia sive extra eam, sive judicem citantem alias pro ordinario adgnoscant sive non comprehendat, uti id *L. 26. §. 9. ff. de fideicommissar. Libertat.* videre est, ne hunc quidem integrum campum decurrere instituimus. Potius *Evocationes à Judice alias vel plane non, vel minimum in hac instantia nondum competente, è foro privilegiato vel foro domicilii factas, necnon Evocationes Judicis competentis ab incompetente*, unice perstringemus, cum vel hæ satis materiei præbeant. Vides hinc de quadruplicibus Evocationibus nos sermonem habituros, (1.) *de Evocatione Judicis plane incompetentis, sive intra forum domicilii sive extra illud fuerit.* (2.) *de Evocatione Judicis competentis qaidem, sed nondum in hac instantia*, (3.) *de Evocatione Judicis in hac instantia competentis, sed extra Provinciam*, (4.) *de Evocatione Judicis competentis è foro incompetente.* Hujus autem ge-

generis negotium apud Latinos varie exprimitur, modo enim *vocare*, modo *citare*, modo *arcessere*, modo *devocare*, modo *è provincia excire*, aliquando etiam *avocare* Judicem ajunt. Certe qui avocare, is etiam evocare potest, neque enim unquam avocatio sine Evocatione. Imo nonnunquam ita arcte avocatio cum evocatione conjuncta, ut discerni non possint. Tritissimum vero est nostrum evocandi scil. verbum, quo quippe Romani eloquii Parens, reliquive melioris notæ Scriptores, usi sunt.

§. III.

Ut vero tandem ad rem ipsam accedamus, sciendum est, uti vocem, ita rem ipsam, Romanis non infrequentem fuisse. Scilicet is Evocationum in Romana Republica status erat, ut Judex plane incompetens vocaret neminem; Præses contra Provinciæ omnes ad se accerseret, etiam prima instantia privilegio obtenta, ex causis fonticis præterita; extra provinciam autem nemo facile vocaretur, nisi certis in casibus postea exponendis, Imperatore aut Senatu jubente. Evocantibus vero omnibus, avocatio causarum præterea competebat. Primum *L. 58. π. de judiciis*, secundum *Leg. 5. C. de officio Rectoris Provinciæ* (quæ *judicium omne solvi vetante eo qui majus Imperium habet* demonstrat,) & argum. *L. 12. pr. ff. de Judiciis* adstruitur. His accedunt quæ Carolus Sigonius *de antiquo Jure Provinciarum, lib. 2. c. 5. p. m. 186. seqq.* edit. Halensis, *de Evocationibus Præsidum*, ante hoc sesquiseculum conduxit. Magis vero illustrant ea loca, ubi ob fidem singularem, civitatibus nonnullis aut regiunculis, *privilegia de non evocando* tributa legimus, quæ violare Præsidi, aut adversus ea evocare quenquam minime licebat. Sic Cicero *lib. 2.* in Verrem *cap. 90.* reliquit, *Senatum populumque Romanum Thermitanis, quod semper in amicitia fideque mansissent, urbeis, agros, Legesque suas reddidisse: Publiumque Rupilium postea Leges ita Siculis ex Senatus Consulto de decem Legatorum sententia dedisse, ut cives inter se Legibus suis agerent.* Sic teste *eodem Epistolar.* ad Atticum *lib. 5. cap. 21. Cyprios evocari ex Insula non licebat.* Qua libertate omnes civitates, ob conditionem suam liberas dictas, quarum in numero Thermæ fuere, fructas accepimus, ut suis Legibus, & primæ instantiæ relinquerentur.

tur. Adeo vero Præsidi ea Jura migrare non permissum, ut Verri à Cicerone maximo crimini detur, quod omnem controversiarum ordinem, omisso quod ajunt medio, invitis litigantibus sibi arrogasset. Ex quibus omnibus satis patere existimo, præter privilegiatos, quem ad se vocaret, fuisse in arbitrio Prætoris, qui tamen utplurimum omnes primo reliquerit cognoscendi ordini.

§. IV.

Hæc in Provincia, extra Provinciam vero, quod jam præcepimus, nemo facile vocatus. Migravit tamen nonnunquam hanc observantiam. (1.) Rescriptum Principis aut Senatus. (2.) Causæ aut personæ privilegium, vi cujus certus Magistratus, Princeps ipse, aut Senatus adeundus (3.) Instantia jam cepta, contrahendo aut quasi contrahendo. (4.) Testimonii Romæ aut coram Principe perhibendi necessitas, aut aliis in locis ejus causa evocandi consuetudo. Atque hi fere casus sunt, Evocationibus obnoxii. Ordiamur à primo, *Rescripto* nimirum *Principis, aut Senatus.* Absque tali Rescripto neminem ad Judicem non suum vocandi Jus erat, nisi quis causa cadere vellet. *L. 5. §. 1. C. de Jurisdict. omnium Judicum.* Potius ejusmodi devocatio in specie, & quidem ex causis libello insertis impetranda, contra quas deinde Principi obreptum esse, probare licebat. *L. 2. C. de dilation. Novell 53. pr. & cap. 1.* Judicum vero Provinciæ cura erat, eos qui Comitatui Imperatoris, aut quem hujus Imperio adire jussi erant Præsidi sui copiam non faciebant, ad id compellere. *L. unic. Cod. quando Imperat. inter pupillos.* Solæ Imperatoris jussum impune spernebant miserabiles personæ, æterno privilegio adversus evocationes Imperatorias *d. l.* unica munitæ, quibus insuper hoc maximi beneficii loco adjectum, ut Imperatorem reliquis quas vocant instantiis præteritis adire possent, id quod plane singulare est.

§. V.

Secundo loco *causæ aut personæ privilegium, vi cujus Princeps ipse, Senatus, aut certus Magistratus adeundus*, Evocationibus fenestram aperiebat. Vestigium hujus rei deprehendes in *L. 2. C. de offic. præ-*

fecti urbi, ampliora vero suppeditabit Donellus *Comment. de Jure Civili lib.* 17. *c.* 20. ubi *Magistratus illustres*, *milites*, & jam tactas *personas miserabiles*, ejusmodi privilegio fructas exponit. Quorum prioribus tamen hoc ipso eo tantum casu prospectum fuisse, quo de Magistratu vel militia agebatur, *L. ult. C. de Jurisdict. omnium judicum* ostendit. Sicubi vero Jurisdictioni Ordinariæ in aliis caussis repugnabant, solus Imperator id emendabat. Videtur id ipsum signare Symmachus *Epist.* 10. 57. quando ad Imperatorem: *Soli enim Jure corrigitis, admissa potissima dignitatis.* De quo tamen loco quærendum amplius. Porro *contrahendo aut quasi-contrahendo* Evocationibus aliquem hoc Jure obnoxium reddi potuisse, nihil dubietatis alit. Et de Contractu quidem agit *L. heres* 19. §. 2. *seqq. ff. de Judiciis*, ubi quicquid etiam alii disputent statutum cernimus, ut contrahens, nisi alio loco ut defenderet convenerit, in loco Contractus se defendat, minimum si tabernam ibi habeat. Non me fugit, quid ab aliis regeri soleat, nec eos mitterem, nisi satisfecisset. Hilliger. *ad Donellum lib.* 17. *c.* 14. *lit.* (*f. g. h.*) De lite quasi contrahendo aliquo in loco contestata, doctrina satis expedita est, unde de ea ne verbulum quidem. Rursus delictorum (quibus ipsis quasi contrahitur) reos, à Judice loci delicti devocari quire, *Novella* 134. *c.* 5. legitur, quacum amice conspirant *l.* 3. *ff. de officio Præsid. l.* 7. §. *penult. L. ult. ff. de accusation. l.* 7. *ff. de custodia reor. l.* 1. *& Authent. qua in provincia C. ubi de crimin. agi oporteat. Cod.* 9. 3. *de exhibend. & transmittend. reis. l.* 28. §. 15. *ff. de pænis. l.* 3 *ff. de re militari. l.* 7. §. 4 *& l. fin. ff. de accusation. junct. Novell.* 69. *c.* 1. Ut tamen, maxime si certus locus delicti dari non poterat, etiam eo loco, in reum animadvertere permitteretur, quo is deprehensus, aut ubi delictum inchoatum. Cicero *Verrina* 5. *c.* 68. *l.* 1. *C. ubi de crimin. agi oport. l.* 1. *C. ubi quis de curial. vel cohort.*

§. VI.

Præterea *testimonii Romæ aut coram Principe perhibendi necessitas*, *aut aliis in locis testimonii ergo evocandi constanter observata consuetudo*, vocatos extra provinciam migrare fecit. Non deest testium, quibus hæc probemus, cumulus. Princeps aut Senatus Romanus testimonio cujuslibet utebatur, uti ejus rei indicium facit *l.* 26. §. 9. *vers.*

vers. Idem. ex quibus causis majores. De eo tamen disceptabatur, utrum repetundarum criminis accusato, testes e provincia pro se Romam adducere permittendum sit, id quod affirmative decisum ait Plinius junior *Epistol. lib.* 5. 20. *lib.* 6. *Epist.* 5 & 13. In provinciis vero si extraneorum testimonio opus, divi fratres. *l.* 3 *§. fin π. de testibus* diligentiæ Judicis reliquerunt, ut exploret, *quæ consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit. Nam si probatum fuerit, sæpe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum, quin evocandi sint.* Et hæc quidem hactenus. Cæterum ob violatam Magistratus Romani Majestatem Senatum Romanum Evocationi locum dedisse, Cicero auctor est, dum in *Verrem lib.* 1. *cap.* 85. ita disserit: *Nuper M. Aurelio Scauro postulante, quod is Ephesi se quæstorem vi prohibitum esse dicebat, quominus è fano Dianæ servum suum, qui in illud asylum confugisset, adduceret. Pericles Ephesius homo nobilissimus Romam evocatus est, quod auctor injuriæ illius fuisse argueretur.* Nisi tamen hoc ad secundum genus pertineat, cum sane hujusmodi Magistratuum Romanorum contemptus, non alibi atque Romæ judicari quiverit.

§. VII.

Firmabunt vero ea, quæ de Evocationibus extra Provincias, ad mores populi Romani disseruimus, generalem Regulam, *in casibus non exceptis plane non permissum fuisse, ut rei ex una provincia in aliam evocarentur.* Nimirum quilibet Magistratus certis limitibus circumscripto territorio gaudebat, *extra quod* privatus, eique *Jus dicenti, impune non parebatur. l. ult. ff. de Jurisdict.* Add. Donell. *de Jure Civili lib.* 17. *p.* 37. Si vero ipse Judex extra territorium privatus, quei alterum evocare inde potuisset, cum par in parem non habeat imperium? *l.* 4. *ff. de receptis arbitris. l.* 13. §. 4. *ff. ad SCtum Trebell.* Quinimo si hic sequi noluisset, ubi Refractarii compulsio, cum nemini aliquem exhibere concessum, nisi ejus esset Judex? *l.* 6. *C. de Jurisdict. omnium judicum.* Verum non opus est, ut his ratiociniis diu immoremur, docet enim *l.* 2 *d. t. C. de Jurisdict.* quemlibet in foro domicilii sui conveniendum, neque actori permissum, ut ipse alio in loco actionem suam instituat. Multum equidem vereor, ne de vero hu-

jus Legis sensu denuo litigare cogar, dum Doctorum nonnullos circa eam hæsitare video, sed succurrit, Donellum *lib.* 17. *c.* 12. de ea valde fuisse solicitum, unde largiorem disquisitionem ad hunc remitto. Sane ne Romam quidem, ubi communis omnium patria evocare licebat provincialem, nisi ibi deprehenderetur, excepto tamen semper Principis indultu, qui omnia poterat. Unde satis liquet, multo minus Præsidibus Provinciarum integrum fuisse, ut Jura domicilii subverterent. Laudo hic denuo Donellum, quem sæpe quemque libenter excito, *lib.* 17. *c.* 13. ubi copiam invenies. Quod restat, non eo inficias, volentes ex territorio judicis sui ordinarii egredi, atque in aliam Provinciam profectos, ab ejus Præside, litis quæ inter eos vertebatur Decisionem petere potuisse, neque minus omni caret dubio, actus voluntariæ Jurisdictionis nulli loco, nulli personæ adstrictos fuisse; sed utrumque nihil ad eum casum, ubi nolens evocandus erat. Potius nolentes arcessere in vetitorum numero habebatur, adeo ut incompetente Jurisdictione adversarios suos pulsantes, *si actores, actione mulctarentur, sin rei, pro condemnatis haberentur. l.* 5. §. 1. *C. de Jurisdict. omnium judicum.*

§. VIII.

Scio sæpius contra Leges evocationum prohibitivas peccatum, unde novis præceptis nonnunquam opus fuit. Principio ergo Clerici Edicto sibi prospexerunt, quo adversus Evocationes tuti essent, prouti id legere est *l.* 33. *pr. C. de Episcopis & Clericis*, inde præfectus urbi, qui maxime Leges de Evocationibus scriptas transgredi solebat, *l.* 2. *C. de offic. præf. urbi* non modo earum monitus, verum etiam jussus, *ne ullas personas de provincia existimet esse advocandas, nisi tantummodo suos officiales, & homines populares, almæ urbis seditioni obnoxios.* Demum Justinianus *Novella* 86. miseris provincialibus, evocando sæpius vexatis plenissime subvenit, edixitque: *quatenus si quis habuerit contentionem adversus alium, sive de pecuniaria causa, sive de sublatione rerum mobilium vel immobilium seseque moventium, sive de criminalibus, prius interpellet Clarissimum Provinciæ Judicem, & ut ipse secundum nostras Leges examinet ea quæ proponuntur, & unicuique justitiam servet &c.* Nemo non videt, omnes hujusmodi Constitutiones nil novi dare, sed

ſed id tantum in memoriam revocare, atque exponere curatius, quod jam tot Legibus ſtabilitum, atque diuturno uſu notiſſimum erat. Ut adeo *virorum*, ſuperiore & noſtro ævo *clariſſimorum* judicia merito mirari ſubeat, quorum alter Juſtinianum demum evocationes de Provincia in Provinciam ſuſtuliſſe, alter de Jure Romano vetere, novo ac noviſſimo, nemini præter Clericos fori privilegium ab Imperatoribus tributum, reliquos vero omnes evocationes paſſus, aſſerere non dubitarunt.

§. IX.

Non vacat nunc ſingula eorum argumenta excutere, neque etiam quis vitio vertet, ſi in tanta luce bonas horas perdere religioni nobis ducamus. Id modo obelo notandum erat, *virorum doctorum* alterum de Monachis dubitare videri, atque hos evocationibus obnoxios ideo exiſtimare, quia per *Novell.* 79. & *Authent. cauſa C. de Epiſcopis & Clericis, nec minus Novell.* 83. & *Novell.* 123. coram Epiſcopis cauſam dicere jubeantur. Sed ſalva res eſt! Jam enim obſervavit Franciſcus Guillimannus *de Rebus Helvet. lib.* 1. *c.* 2. §. 21. *Nullam fere aliam rationem eſſe, qua Romanarum Provinciarum diviſionem antiquam adſequi poſſimus, quam ex Diœceſibus & Epiſcopatibus.* Adeoque hoc ipſo noſtra theſis magis incrementi aliquid quam deliquii ab Imperatorum diſpoſitione capit. Patet enim ex modo luſtratis Conſtitutionibus, licet Monachos Eccleſiaſtico Magiſtratui in certis cauſis ſubjecerint, adeo religioſe tamen evocationes eas caviſſe, ut neminem alibi quam coram provinciæ ſuæ Epiſcopo cauſam dicere vellent, unde etiam expreſſe additur *civitatis ejus*, certo indicio, evocare extra provinciam, ad alium Epiſcopum, quam eum cui provincia ſuberat, nullo modo licuiſſe. (*) Quæ autem præterea in dictis Legibus ubivis

(*) *Clericos certe fortaſſis è Provincia evocari potuiſſe ea probant, quæ* Thomaſſinus Vet. & Nov. Eccleſ. diſcipl. part. II. lib. I. cap. 2. *in medium protulit; de Monachis autem conſulere poteris quæ Galliarum lumen* Anton. Dadinus Alteſerra Aſceticor. lib. 2. c. 11. *nec non Vir munerum ſplendore ac Eruditione Illuſtris* Juſtus Henn. Bœhmer. Jur. Eccleſ. Proteſt. lib. 3. tit. 35. *circa Juriſdictionem in eos diſſeruerunt.*

vis de Rectoribus provinciæ studiose inculcantur, adeo nostræ sententiæ subvoniunt, ut vel sola ei vel stabiliendæ sufficerent, si quidem veritati aliquid addi pote esset. Sed hic subsistendum est!

CAP. II.

Proponit usum Evocationum in Germania antiqua & Media.

SUMMARIA.

1. *Observantia Germaniæ antiquæ. Francicæ. Carolingicæ. PostCarolingicæ.*
2. *Semper Germani Evocationibus contradixerunt. Appellationes etiam ægre toleratæ. Si iis Evocationes accessissent. Exemplum Henrici Leonis Evocationi contradicentis.*
3. *Evocationes Pontificis.*
4. *Evocationes Regiæ. Tempore Carolidarum.*
5. *Evocationes Regiæ post Carolidarum seculum, e prima instantia.*
6. *Evocationes Regiæ PostCarolingicæ extra Provinciam. Num.* 1.
7. Ἀνακεφαλαίωσις. *Origo privilegiorum de non evocando.*
8. *De Evocationibus Statuum & membrorum Imperii, & primo ex aliis Provinciis.*
9. *De Evocationibus Statuum in Provinciis suis.*
10. *Evocationes judiciorum Cæsareorum, & primo Westphalici.*

§. I.

GErmania nostra antiqua, quæ nunquam omnium communi Domino paruit, Evocationes penitus ignoravit, sed *pacis tempore Principes regionum atque pagorum inter suos jus dicebant, controversiasque minuebant, in bello contra qualibet Provincia Magistratu communi, in suos vitæ necisque potestate prædito gaudebat. Cæsari* hæc debemus, clarissime indicantia, cujusque Jurisdictionem *inter suos* se continuisse. Qui post Cæsarem nobis restat, Romanæ gentis Germanicarum rerum scriptor *Tacitus,*

Digitized by

Tacitus, Principes Jura per pagos vicosque reddere, Germaniæ c. 12. monet, quod indicio est, eorum auctoritatem finibus pagorum vicorumque circumscriptam fuisse. Atque in eo quidem statu res Germanica usque ad Francorum tempora duravit. Francorum vero gens, ut primum in Galliam delata, Romanos mores induit, (*) atque uti nova Imperia plerumque gratiora esse solent, si quamminimum à moribus receptis abeatur, ita judiciorum quoque formam Romanam non modo retinuit, sed etiam in regiones Germanicas, sibi subjectas, quoad ejus fieri potuit, propagavit. Hinc crebræ ad Reges evocationes, hinc etiam evocatoriæ, eo magis frequentes, quo magis certum est, Francorum Regnum tum intra Galliam & parvam Belgii partem stetisse, ubi & olim evocationibus Præsidum Romanorum locus fuerat. Dilatato vero in immensum Francico Imperio, ita ut ferme magnitudine sua laboraret, sensim sensimque reditum ad antiquos mores, neque quisquam facile ex una provincia in aliam, etiam Rege ibi existente vocatus, nisi causa intervenisset gravissima. Et hæc quidem in civilibus, tempore præcipue Caroli M. obtinebant, contra in Ecclesiasticis longe diverso Jure Germani utebantur, ubi non quidem Provinciarum Jurisdictio facile turbata, verum illarum in Ecclesiasticis capita, Episcopi, olim ad Reges solos ex moribus Romanis evocari soliti, sæpius Romæ, Rege permittente, causam dicere coacti sunt. Sequior Germaniæ PostCarolingicæ Observantia evocationes Pontificis, Regum, Principum, Comitum, Dynastarum, Judiciorum, Aulici, Cameralis, Westphalici, Rothwilensis, tot judiciorum Cæsareorum Provincialium inprimis Suevici Noricique, imo quorum non vidit, quibus quidem contradictum, sed plerumque non satis feliciter.

§. II.

Neque enim tam stupidi erant Germani, ut gratis evocationes paterentur, semper renisi sunt, semper quemlibet in patria sua judicandum dixerunt. Oppositum hoc Pontifici, oppositum Regi, opposi-

* *Vide omnino* le Blanc Traité des Monoyes de France p. 40. seq. Meinders de Jurisdictione colonaria p. 16. seqq.

oppositum denique omnibus aliis, quibus aut beneficium primæ, quam dicunt, instantiæ, aut vero id minimum objectum, *Jus in Provincia, aut per se, aut per suos dicerent, extra provinciam ut sui copiam faciat, neminem teneri.* Ipsæ Appellationes, licet beneficium primæ instantiæ præsuperant, ægerrime toleratæ, cum evocationes necessario secum ferrent. Aut enim iis contradicebat Magistratus subditos suos evocari sibi dedecori existimans, aut vero populus ipse, de iis superiorem intra Provincias cognoscere debere flagitans. Obtentui sæpe sumtæ peregrinæ Leges, licet plerumque alia causa subesset. Insignes sunt de Appellationibus loci, quibus dicta illustrentur. Primus apud Nauclerum *Vol. 3. Generat. 43. p. m. 333.* edit. *Surii:* ubi ita fatur: *Nec à sententiis eorum,* (Magistratuum) *majores nostri appellabant, indignum fore putantes, tantorum virorum, gratis judicantium, decretis contradicere. Hodie vero passim ab iis appellari cœpit, quod ferendum esset, si judices appellationis in judicando, consuetudinem priorum judicum servarent. Sed hoc à paucis ponderatur, imo plerumque sententiæ priorum judicum, alioqui nullam iniquitatem continentes, ob id solum, quod contra Leges scriptas prolatæ inveniuntur, retractantur: In quo sine eorum demeritis & judices primæ instantiæ imperitiæ sugillantur, & victrix pars gravatur. Hoc quam justum sit, viderint judicantes.* Refert atque integrum ferme hunc locum recitat Joannes Bœmus *de omnium gentium ritibus lib. 3. fol. 55.* Deinde ex privilegio Trajectensi Friderici III. apud Schœnwetter. *in Collect. privileg. p. 634.* notum est, tum primum obtentum, ut causæ ab ordinario earum judice, Nobilitate, in Episcopatu decisæ, in secunda instantia ad Episcopum devolverentur. Tertio id quod adstruximus, Wilhelmus Saxoniæ Dux in Ordinat. Provinc. 1446. suo Exemplo probat, dum BB. Schiltero *de Libertat. Eccles. German. lib. 6. c. 7. §. 8.* & Mullero Reichstags-Theatr. unter Friderico III. erste Vorstell. *c. 9. §. 38. p. m. 129.* exhibentibus, Legi provinciali hujusmodi sanctionem subjicit: Wer es nu, daß ymand wer der were, in unsern Landin, Herschafftin und Gebietin wonhafftig, sich an rechtem vor geistlichem oder wertlichem Gerichte in den Landen, inmassen obgerürt ist, nicht genügen lassin, sondern davon abruffin, oder sust ußlendische Gerichte wider die unsern suchin würde, der sal von stund als ein Echtir des Lantis gehalden werden, und er sal fürder nymmermer in unser Lande komen ꝛc. Hoc certum

tum exploratumque, maxime in tali renisu ad evocationes respectum fuisse, Carolidarum enim & paulo sequioribus temporibus, queis judices Regii quemcunque mallum obibant, patienter admissæ, quamprimum vero hæ circulationes Missorum cessarent, statim contradictum. Vertebatur itaque magis de Evocatione quam de Appellatione quæstio, cum hæc sine evocatione utcunque tolerata, hac vero ad eam accedente, utrique fuerit contradictum. Meminisse hoc debebant, qui Appellationes in Germania nunquam receptas fuisse dixerunt, (*) quæ sane sententia est falsissima. Accedit præterea, semper rejectas exceptiones, & appellationes receptas esse, unde contradixisse nil profuit. Qui ergo credi possent Appellationes Germaniæ incognitæ? Multis hæc illustrare facillimum, sed ad evocationes sic proprie dictas revertimur. Cum vero de his sub singulis evocationibus dicturi simus prolixius, impræsens Henrici Leonis tantum verbis efferemus, nil magis Germanis insolens visum, atque extra provinciam judicari. Is quem diximus Bavariæ & Saxoniæ *Dux*, ab Imperatore Friderico I. proscriptus, apud Arnoldum Lubecens. *Chron. Slavor. lib. 1. c. 24. p. 644. in Tom. 2. Leibnitii injuste de se judicatum esse affirmabat, dicens se de Suevia oriundum, & nullum proscriptione damnari posse, non convictum in terra nativitatis suæ.* Scio tantum hic de proscriptionibus differi, unde forte opinari quis posset, aliud in civilibus obtinuisse. Sed fuit communis Germaniæ in civilibus & criminalibus mos, ut extra provinciam judicari ægerrime ferrent majores nostri, de quo jam ante me erudite disseruit Ludewigius *ad Aur. Bull. P. 1. p. 772.* Quicquid vero de hoc fit, quod jam tetigi, evocationes obtinuerunt, neque contra niti profuit, id quod exemplis, è singulorum evocantium factis Historicis petitis, illustrabo.

Nnnnnnnn 2 §. III.

(*) *Credidit id Illustris* Ludewigius, *uti* ex Differtat. de Prærogat. Wurtembergici Ducatus p. 71. lit. (*i.*) & p. 73. lit. (*l.*) necnon Erläuterung der guldenen Bulle Tom. I. p. 804. Tom. II. p. 23. seqq. 35. seq. & 53 seq. *constat*, *& Germanis plane incognitas Appellationes perhibuit*, *ei vero confutando sufficit unicum Exemplum* in Stumpf. Schweitz. Chron. lib. 5. c. 25. f. 435. (*b.*) edit. 1606.

§. III.

Primus se sistit Romanus Pontifex, jam ante Corolidarum regnum Appellationibus & evocationibus adsuetus, non aliis tamen evocationibus, quam iis, quæ occasione Appellationum contingebant. Sanctus quippe Leo, Seculo post C. N. quinto jam obtinuerat, ut Appellationes ad S. Sedem justæ crederentur, (*) quod tamen nihil ad evocationes, cognitionum ordine turbato factas. Potius hæ omni tempore interdictæ, atque ab ipsis etiam Romanis Pontificibus eum in censum relatæ, uti cumulus exemplorum apud Gratianum *Decret. Caus.* 3. *qu.* 9. in luce constituit. In Francia vero præterea peculiaris Lex exstabat, *lib.* 7. *cap.* 314. qua *nullum Episcopum extra provinciam suam devocandum esse* statuebatur. Ne ergo huic Legi fraus fieret, in Appellationibus ipsis quoque Pontifici ita procedendum fuit, ut nullam causam Romam deduceret, potius vero Delegatis in Provincia audiendam committeret, nisi Regis accessisset consensus, quo impetrato, Appellatorium Romæ finiri poterat. Observavit id ante me Vir Illustrissimus Petrus de Marca de concordia regni & Sacerdotii *lib.* 2. *à cap.* 20. *usque ad* 25. Non ergo opus est, ut viro sui ævi eruditissimo collecta loca denuo in scenam producam, unicum tamen exemplum maximi momenti excivisse juvabit. Hincmari nimirum Laudunensis, quem Pontifex Adrianus II. appellantem receperat, ejusque adversarios Romam venire jusserat, verum meliora doctus ab incepto destitit, atque ut in Provincia judicaretur, consensit. Monuit tum Carolus Calvus Pontificem: *Non est nostri regii ministerii, sacrorum Canonum judicio condemnatum, quoquam dirigere, cum apertissime sacri Canones definiant, & Leges Justiniani, & cæterorum catholicorum Imperatorum edicta, qualiter, & pro quibus, & à quibus, debeat Episcopus judicari.* Neque minus Hincmarus Rhemensis docuit: *Vestra sciat auctoritas, quia nec prædictum Hincmarum, nec etiam*

(*) *Erudite hic versatus est* Anonymus Theologus Parisiensis in libello de antiquis & majoribus Episcoporum causis c. 54. p. 384. seqq. *ubi contra Davidium evincit, primum Leonem M. appellantibus judicandi auctoritate subvenisse.*

etiam quemlibet Episcoporum, nisi Dominus Rex iis preceperit, Romam, vel in aliquam partem, mea commendatione mittendi habeo potestatem, nec ipse ego ultra fines sui regni, absque illius scientia progredi valeo. (*) Ut adeo exploratum sit, omnia quæ de Appellationibus ad Pontificem *Capitular. lib. 6. cap.* 64. *&* 401. 7. *c.* 102. c. 173. c. 315. c. 412. c. 448. *Addit. 2. ad Capitul c.* 12. *Addit.* 4. *c.* 27. 28. 29. 30. 31. occurrunt, eo accipienda esse, ut Appellatione ad se delata, Pontifex causam in Provincia per Commissarios denuo examinare necessum haberet, nisi Rex evocationibus Romam faciendis annuisset. Verum non diu intra hos terminos Papæ se continuerunt, jam Lothario II. Lotharingiæ Rege, & Theotberga ejus conjuge, de validitate matrimonii inter eos initi litigantibus, migrati omnes Appellationum & evocationum fines, probantibus ipsis Germaniæ & Galliæ Regibus tam Rex quam ipsi consentientes Archi-Episcopi Romæ se defendere adacti, hocque ipso jacta majoris potentiæ fundamina, uti præcipue *Annales Metenses* ad an. 865. & Bertiniani ad an. 864. *in Tom.* 3. *Scriptorum Francicorum* Quercetani indicant, latissime autem Calmet *dans son Histoire de Lorraine Tom.* 1. *p.* 711. *seqq.* exsequitur. Miro hoc successu audentior factus est Pontifex, atque auctoritatem suam pedetentim latius propagavit, adeo ut successu temporis Reges, Episcopos, Abbates, privatos denique omnes Romam evocaverit, nulla prima instantia unquam attenta. Defendere quidem ejusmodi conatus molitur Thomassin. *Vet. & nova Eccles. Discipl. Part.* 1. *Lib.* 1. *c.* 6. Sed iis argumentis, quæ lecturum non convictura, certus sum. Interim licet non de Jure, de facto tamen constat, neminem magis atque Pontificem in Germania evocationibus grassa-

(*) *Bene memini hoc Exemplum agere de Francia Occidentali sive Gallia, non autem de Orientali sive Germania, cujus mihi habetur ratio; verum cum eo tempore utraque Francia parilibus Legibus regeretur, nemo dubitabit, quin idem in Germania obtinuerit, nec adeo Exemplum sit ineptum.*

itum esse. (*) Quibus ita se habentibus, ridiculum fore existimo, si quis de singulis evocationum Exemplis disquirere vellet, innumera enim

---

(*) *Notandus præcipue hic decantatus locus* Abbatis Urspergensis p. m. 235. edit. Argent. 1609. Vix remansit aliquis Episcopatus, sive dignitas Ecclesiastica, vel & parochialis Ecclesia, quæ non fieret litigiosa, & Romam deduceretur ipsa causa. *Conjicies inde de innumeris Evocationibus; quod ad privatos autem inprimis notabis, B. Lutherum simplicem Monachum, Romam evocatum esse, teste* Sleidano Lib. 1. fol. m. 9. *cum in finem, ut coram Pontifice crimina dilueret. Deducta tamen Friderici Saxonis Electoris & amicorum interventu eo res est*, ut solutus necessitate proficiscendi Romam Lutherus, Augustam evocaretur, apud Cajetanum dicturus causam. *Verumetiam in causis civilibus Romanæ Evocationes frequentatæ, satis enim rationum erat, si ob* causam peccati *Judici Ecclesiastico, de mere civilibus causis cognoscere licebat. Vix enim casus dabatur, cui non peccatum inesse crederetur. Notum nomen* denunciationis Evangelicæ, *de qua alii integris Dissertationibus, & Illustris* Dn. Bœhmer. Jur. Ecclesiast. Lib. 2. tit. 2. §. 4. seqq. *ut adeo mea opella non egeat. Et hunc quidem in modum vexata Germania, de cujus afflictionibus, ex evocandi licentia Romana natis, vide præclare disserentem* Dn. à Ludewig ad Aur. Bull. Tom. 1. p. 789. seqq. *Solum atque unicum Germanicarum Provinciarum Belgium, suos Romam evocari noluit, atque in eo Jure non evocandi se vel Pontificum ingratiis conservavit, donec* Leo X. 1515. *Privilegio in Observantiam & Statuta Belgica consensit. Refert illud in fine Defensionis Belgarum adversus Evocationes & peregrina judicia* Petrus Stockmans; *Capite secundo vero Belgica adversus Pontificias Evocationes Edicta sistit. Præterea autem solemni Abbatis Parcensis 2. Jun. 1477. Romæ causam dicere jussi Exemplo illustrat, Belgas nunquam evocanti Pontifici manus dedisse. Inter alia Maximilianus I. dum hac de re agebatur, ad Pontificem:* Si denique vestra sanctitas causam cognoscere cupit, eam ut committat alicui in his partibus Prælato, Viro probo, partibus non suspecto &c. Nec ut secus agatur, facile ferre potero. *Et hæc sufficiant!*

enim inveniuntur. Imo non diu est, ex quo hujusmodi evocandi facultate pollere Pontificem, in Germania dubitari cepit.

§. IV.

Imperatoriæ porro & Regiæ Evocationes, & ipsæ satis frequenter auditæ. Hæ quod monuimus, duplicis generis, vel è prima quod ajunt instantia, vel è provincia. Differunt longe Carolidarum tempora à sequioribus, unde ea probe distinguenda. Prioribus, quibus Caroli germen imperabat, prima instantia erat *Vassorum Dominicorum*, secunda *Comitum*, tertia *Missorum*, à latere Regis venientium. Capitular. *Lib.* 5. 204. *Si Comes in suo ministerio justitias non fecerit, Missis nostris de sua causa vel de suis exeniis serviat, usquedum justitiæ ibi factæ fuerint. Et si Vassus noster justitias non fecerit, tunc & Comes & Missus noster ad ipsius casam sedeant, & de suo vivant, quousque justitias faciant.* Hic semper superioribus cum inferioribus concurrens Jurisdictio si res exigebat, Rex vero neminem evocabat, nisi à Missis ad eum appellaretur, aut talis esset causa, quæ non nisi à Rege ipso decidi posset. Capitular. *Lib.* 5. 16. *Et si aliquis homo ad Palatium venerit pro causa sua, & antea suo Episcopo suisque ministris quæ Ecclesiastica sunt, & quæ secularia suo Comiti non innotuerit in mallo ante Rachinburgios, aut si causa ante Comitem in mallo fuit & ante Rachinburgios, & hoc sustinere noluerit, quod ipsi legitime judicaverint, si pro istis causis ad Palatium venerit, vapuletur. Et si major persona est, Legem exinde faciat.* Desumta est hæc Lex ex *Capit.* 755. *c.* 29. & *c. an.* 756. *c.* 9. ubi plura adduntur. Alius locus est Capitul. *Lib.* 5. *cap.* 243. *Si quis voluerit dicere, quod ei juste non judicetur, tunc in præsentiam nostram veniat, aliter vero non præsumat in præsentiam nostram venire, pro alterius justitia dilatanda.* Quocum conspirat *Capit. Ludovici Pii a.* 829. *tit.* 2. *c.* 14. insertum *IV. Addit. ad Capitular.* 115. ubi Rex: *Populo autem dicatur, ut caveant, de aliis causis se ad nos reclamare, nisi de quibus aut Missi nostri, aut Comites iis justitias facere noluerint.* Omnis vero hæc Jurisdictio in provincia, in ea Evocationes ad Comites, ad Missos extra illam Comes & Missus privati erant. Hi de quibus diximus Missi, vicem Regiam tenebant, quater in anno per cunctas Regni Provincias discurrebant, appellationes recipiebant, cum

cum Comitibus tempore præsentiæ suæ concurrentem Jurisdictionem exercebant, omniaque alia curabant, quæ du Fresne *Glossar. Lat. voc. Missus*, & Hertius *Notitia Regni Francorum veteris* §. 27. & 40. *Tom.* 2. *Opusculor. p.* 407. & 421. edisserunt. Hinc regiis extra provinciam in prima instantia evocationibus nil opus, quas tamen Rex pro lubitu decernere poterat, siquidem id voluisset.

§. V.

PostCarolingicum ævum, quo Cæsares totum regnum obibant, neque uno solo in loco sedebant, evocationes Regias in Provincia è prima instantia sæpius, è Provincia in aliam rarius, è Germania in exterum regnum, plane non passum est. Absente Rege, Missis cum Seculo IX. & X. initiis sepulto, *Palatini* aut *Landgravii*, quos Otto I. in singulis Provinciis, observante id jam ante me Illustri de Ludewig *de prærogativis Wurtembergici Ducatus p.* 72. constituerat, vice Regis Juri dicundo invigilabant, à quibus ad Regem appellatum, qui in provinciam veniens de horum judicatis cognoscebat, cum omnibus vero aliis Judicibus concurrebat. Creberrimæ ergo evocationes è prima aut secunda instantia, sed omnes in Provincia. Palatinorum porro & Landgraviorum Familiis vel extinctis, vel in Dominorum territorialium dignitatem transscriptis, ipso munere vice Imperatoris Judicium exercendi penitus abolito, Rudolphus Habspurgicus atque hunc secuti Germaniæ Reges, aut Judicia Provincialia condiderunt, aut vero certis Proceribus Juris dicundi vices delegarunt, qui *Judices Capitanei* per hanc vel illam terram, *Procuratores Cæsarum*, vel etiam *Vicarii* dicebantur. Hausta hæc consuetudo ab Italicis moribus, ubi tales Capitanei, quos *nuncios* dicebant, diu jam obtinuerant. §. *in causis de Pace Constantiæ*. Primum vero in Germania deprehendo, apud virum dum hac aura fruebatur eruditissimum, Joh. Michaelem Heineccium *Antiq. Goslar. lib.* 3. *p.* 306. *Ottonem Principem Ascharia & Comitem Anhaltinum, Judicem à Serenissimo Domino Rudolpho Romanorum Rege per terram Saxonia constitutum*, qui rursus in Diplomate de An. 1290. p. 308. *Judex Capitaneus, à Serenissimo Romanorum Rege Rudolpho per Saxoniam de consensu Principum constitutus*, audit ejusque Assessores sive conjudices, *Conradus de Werningerode*,

Digitized by Google

de; *Henricus Comes de Blanckenburg*, & *Henricus Comes de Regenstein*, *memorantur*. Sic *Procurator* Caroli IV. *Rudolphus de Luppy* in Lotharingia, apud Chifflet. Commentar. Lothar. *p.* 21. *seqq.* Sabaudus vero ejusdem *Vicarius* in Genf, Losanina & Sitten, apud Stumpff. Schw. Chron *lib.* 8. *c.* 25. alii alibi inveniuntur, quibus tamen ut immoremur, instituti ratio non fert. Ab his in Provincia Jus dictum, ita tamen, ut Imperatore ipso præsente eorum Judicium cessaret. Etenim der Römisch Keyser ist ein gemeiner Richter über yglichs Menschen kunne und über al lyp und gut. *Spec. Suevic.* Landr. *art.* 79. der Künig ist gemeyne Richter überal Sächs. Landr. *P.* 3. *art.* 26. In ewelke stat die Künyng kumt binnen deme Riche, dar is yme ledich Munte unde toln. Unde in swelk Land her kumt. Do is yme ledich datz Gerichte. Datz he wol richten mut alse de clage de vor Gerichte nit begunt noch nicht gelent (i. e. geendiget) sie Sächs. Landr. *part.* 3. *art.* 60. Wenn der Graf zu des Gaugrevens Gerichte kommt, so soll dasselbe dadurch aufgehoben seyn. Ein gleiches geschicht des Grafens Gerichte, wann der König in seine Grafschafft komnit, und sie beyde gegenwertig sind. Und also ist es mit eines jeden Richters Gerichte wo der König gegenwärtig ist, die Klage gienge dann auf den König selbst. Sächs. Landr. *p.* 1. *art* 58. Cæsar ergo quemcunque evocabat, ad locum ejusdem Provinciæ ubi ipse judicare solebat. *L. cit. lib.* 3. *art.* 62. Certe si avocare poterat, multomagis evocare.

§. VI.

Omnes illæ evocationes in Provincia. Interim magni ponderis causis nonnunquam moti Reges nostri, extra Provincias ire accusatos compulerunt. Licere id Imperatori perpetua Lege statutum, dum de Exceptione fori declinatoria Henrici Leonis agebatur. Audiamus Urspergensis locum notatu dignissimum, qui *p.* 227. *edit.* 1609. ita sonat: *Ast Imperator ipsum Ducem frequenter evocat ad curiam, ad objecta responsurum. Ubi quidam Principes & Barones, fautores Ducis, more Teutonicorum, qui sine Lege & ratione voluntatem suam pro Jure statuentes, contra Imperatorem hoc Jus tenere volebant, ut Imperator Ducem condemnare non posset, vel terras suas abjudicare, nisi infra terras Ducis placitum statueret. Porro quidam nobilis exurgens in medi-*

um, proposuit quod Lege duellionum, quo & Lege & ratione firmatur, hoc vellet obtinere contra quemlibet secum pugnare volentem, quod Imperator quemlibet Principem posset evocare pro justitia ad locum quemcunque vellet, infra terminos sui Imperii existentem. Cumque nullus isti se offerret ad pugnam, edicto Imperatoris præfata sententia pro Jure perpetuo statuta est, quam non dubium est, auctoritate & ratione firmari. Et ab hoc quidem tempore nemo evocationibus Imperatoriis extra provinciam contradixit, præter Magdeburgenses, qui Carolo IV. CIↃCCCLVIII. eos è Saxonia devocanti opposuerunt: Das man um eigen Gut nirgend sol antworten, dann in dem Gerichte da es leit. Ægerrime vero hoc tulit Imperator, nec parvo ære incassum opposita Exceptio Magdeburgicis constitit, cum tandem Pragæ Juri stare compellerentur. Lectu dignissima sunt quæ hac de re auctor σύγχρονος *Chronici Magdeburgensis*, adhuc MSti. recentiore quidem stylo in copia quam possideo donati, sed optimæ fidei, utpote cujus auctor pars magna harum turbarum, refert, unde gratiam Lecturorum me initurum arbitror, si integrum locum, paulo longiorem, quam qui hic locum capiat, Num. 1. libello subjecero. Id tantum, quod jam tetigi, Germanis datum, ne in peregrinum solum, extra fines Imperii ab Imperatore evocarentur, cui rei, observantia satis firmæ, magis roborandæ, sequioribus temporibus commentitium privilegium obtentui sumtum, quo cautum sit, *Alemanniæ Principes, non teneri in locis extra Imperii limites comparere*, addito simul (pari commento) *ejus conservatore Comite de Zuvarzeborg.* (*)

§. VII.

(*) Crantzius *est cujus verba hic referimus*, *Saxoniæ* libr. 10. c. 38. *reperienda*, *ex quo* Limnæus Jur. Publ. lib. 4. c. 8. n. 87. Gryphiand. *de Weichbild.* c. 60. n. 16. Mager. de Advocatia armata c. 15. n. 186. L. B. de Lyncker de Libertate Statuum Imperii Sect. 3. membr. 1. §. 10. p. 65. Kemmerich Disp. de Jure de non evocando p. 35. *Loquitur autem hujus privilegii apud Cranzium mentionem habens Iohannes Episcopus Lubicensis satis dubie per audio & fertur, unde certi nil peti potest, cum tamen res ipsa dubietati subjecta non sit. Etenim præter Urspergensem supr. cit.* Speculum Suevicum Landr. 1. Buch cap. 39. *hac habet:* So der Künig ein Hof wil gepieten über

§. VII.

Habes ergo evocationes Post Carolingicas è prima instantia & extra provinciam, quibus Imperatores adeo indulserunt, ut posteriori-

Ooooooo 2 bus

über sehs Wochen, und sol in den Fürsten und andern Hern künden mit versigelten Briefen. Sie sullen Hof suchen zu tütschen Landen, und nit fürbas. *Dehinc* Capitulatio Caroli V. *in multis vetustorum morum servantissima* art. 15. *his verbis disposuit*: Auch die Churfürsten, Fürsten, *Prælaten*, Graffen, Herrn, und den Adel, und andere Stände und Unterthanen des Reichs mit rechtlichen oder gütlichen Tagleistungen, ausserhalb teutscher *Nation*, und von ihren ordentlichen Richtern nit dringen, erfordern noch fürbescheiden: sondern sie alle, und jeden insonderheit, im Reich, laut der gulden Bullen, auch wie des heiligen Reichs Ordnung und ander Gesetz vermögen, bleiben lassen. *Unde in omnes reliquas manavit. Ut adeo certissimum sit, nunquam Germanos extra Germaniæ limites evocationes passos. Id tamen ex hoc vetusto more elici non poterat, ut in Bohemiam evocantis Imperatoris Iudicium eo ariete concuteretur. Bohemia enim semper post A. Bull. Iuris Germanici habita, licet incolæ Slavi. Unde nec Iuliacensium terrarum Dominis, nec aliis superioris seculi initio eo niti profuit, exponente* Goldasto de Regno Bohem. lib. 1. c. 2. §. 6. & 7. *ejusque erudito* Notatore. *Quod vero de Comite Zuvartzeborgico sive Schwvartzburgico, conservatoris hujus privilegii vices sustinente disseritur, id quidem profundam caliginem, qua Sigismundi Imperatoris jam tempore, Germaniæ antiquioris facies mersa erat, satis indicat. Scilicet Comes Schwvartzburgicus, post Ascanios, vices* Capitanei generalis *per Saxoniam, de quo officio paulo superius, sustinuerat, & fors tempore quo Crantzio memorata agebantur, adhuc sustinebat, unde apud hunc causas primo loco esse audiendas, Saxones dicebant, ipsi tamen quid proferrent nescii. Sunt nobis certa hujus rei indicia, de quibus in Commentatione* de Origine Celsissimi Judicii Aulici, *& egimus, & DD. amplius acturi sumus. Comes sane Schwvartzburgicus, licet alias potentissimus, privilegio pro integra Germania defendendo non suffecisset, quod unicum fabulæ convellendæ satis esset.*

Digitized by Google

oppositum denique omnibus aliis, quibus aut beneficium primæ, quam dicunt, instantiæ, aut vero id minimum objectum, *Jus in Provincia, aut per se, aut per suos dicerent, extra provinciam ut sui copiam faciat, neminem teneri.* Ipsæ Appellationes, licet beneficium primæ instantiæ præsuperant, ægerrime toleratæ, cum evocationes necessario secum ferrent. Aut enim iis contradicebat Magistratus subditos suos evocari sibi dedecori existimans, aut vero populus ipse, de iis superiorem intra Provincias cognoscere debere flagitans. Obtentui sæpe sumtæ peregrinæ Leges, licet plerumque alia causa subesset. Insignes sunt de Appellationibus loci, quibus dicta illustrentur. Primus apud Nauclerum *Vol. 3. Generat. 43. p. m. 333.* edit. *Surii*: ubi ita fatur: *Nec à sententiis eorum*, (Magistratuum) *majores nostri appellabant, indignum fore putantes, tantorum virorum, gratis judicantium, decretis contradicere. Hodie vero passim ab iis appellari cœpit, quod ferendum esset, si judices appellationis in judicando, consuetudinem priorum judicum servarent. Sed hoc à paucis ponderatur, imo plerumque sententiæ priorum judicum, alioqui nullam iniquitatem continentes, ob id solum, quod contra Leges scriptas prolatæ inveniuntur, retractantur: In quo sine eorum demeritis & judices primæ instantiæ imperitiæ sugillantur, & victrix pars gravatur. Hoc quam justum sit, viderint judicantes.* Refert atque integrum ferme hunc locum recitat Joannes Bœmus *de omnium gentium ritibus lib. 3. fol. 55.* Deinde ex privilegio Trajectensi Friderici III. apud Schœnwetter. *in Collect. privileg. p. 634.* notum est, tum primum obtentum, ut causæ ab ordinario earum judice, Nobilitate, in Episcopatu decisæ, in secunda instantia ad Episcopum devolverentur. Tertio id quod adstruximus, Wilhelmus Saxoniæ Dux in Ordinat. Provinc. 1446. suo Exemplo probat, dum BB. Schiltero *de Libertat. Eccles. German. lib. 6. c. 7. §. 8.* & Mullero Reichstags-Theatr. unter Friderico III. erste Vorstell. *c. 9. §. 38. p. m. 129.* exhibentibus, Legi provinciali hujusmodi sanctionem subjicit: Wer es nu, daß ymand wer der were, in unsern Landin, Herschafftin und Gebietin wonhafftig, sich an rechtem vor geistlichem oder wertlichem Gerichte in den Landen, inmassen obgerürt ist, nicht genügen lassin, sondern davon abruffin, oder sust ußlendische Gerichte wider die unsern suchin würde, der sal von stund als ein Echtir des Lantis gehalden werden, und er sal fürder nemmermer in unser Lande komen rc. Hoc certum

tum exploratumque, maxime in tali renisu ad evocationes respectum fuisse, Carolidarum enim & paulo sequioribus temporibus, queis judices Regii quemcunque mallum obibant, patienter admissæ, quamprimum vero hæ circulationes Missorum cessarent, statim contradictum. Vertebatur itaque magis de Evocatione quam de Appellatione quæstio, cum hæc sine evocatione utcunque tolerata, hac vero ad eam accedente, utrique fuerit contradictum. Meminisse hoc debebant, qui Appellationes in Germania nunquam receptas fuisse dixerunt, (*) quæ sane sententia est falsissima. Accedit præterea, semper rejectas exceptiones, & appellationes receptas esse, unde contradixisse nil profuit. Qui ergo credi possent Appellationes Germaniæ incognitæ? Multis hæc illustrare facillimum, sed ad evocationes sic proprie dictas revertimur. Cum vero de his sub singulis evocationibus dicturi simus prolixius, inpræsens Henrici Leonis tantum verbis efferemus, nil magis Germanis insolens visum, atque extra provinciam judicari. Is quem diximus Bavariæ & Saxoniæ *Dux*, ab Imperatore Friderico I. proscriptus, apud Arnoldum Lubecens. *Chron. Slavor. lib.* 1. *c.* 24. *p.* 644. *in Tom.* 2. *Leibnitii injuste de se judicatum esse affirmabat, dicens se de Suevia oriundum, & nullum proscriptione damnari posse, non convictum in terra nativitatis suæ.* Scio tantum hic de proscriptionibus disseri, unde forte opinari quis posset, aliud in civilibus obtinuisse. Sed fuit communis Germaniæ in civilibus & criminalibus mos, ut extra provinciam judicari ægerrime ferrent majores nostri, de quo jam ante me erudite disseruit Ludewigius *ad Aur. Bull. P.* 1. *p.* 772. Quicquid vero de hoc sit, quod jam tetigi, evocationes obtinuerunt, neque contra niti profuit, id quod exemplis, è singulorum evocantium factis Historicis petitis, illustrabo.

(*) *Credidit id Illustris* Ludewigius, *uti* ex Dissertat. de Prærogat. Wurtembergici Ducatus p. 71. lit. (*i.*) & p. 73. lit. (*l.*) necnon Erläuterung der guldenen Bulle Tom. I. p. 804. Tom. II. p. 23. seqq. 35. seq. & 53 seq. *constat*, *& Germanis plane incognitas Appellationes perhibuit*, *ei vero confutando sufficit unicum Exemplum* in Stumpf. Schweitz. Chron. lib. 5. c. 25. f. 435. (*b.*) edit. 1606.

§. III.

Primus se sistit Romanus Pontifex, jam ante Corolidarum regnum Appellationibus & evocationibus adsuetus, non aliis tamen evocationibus, quam iis, quæ occasione Appellationum contingebant. Sanctus quippe Leo, Seculo post C. N. quinto jam obtinuerat, ut Appellationes ad S. Sedem justæ crederentur, (*) quod tamen nihil ad evocationes, cognitionum ordine turbato factas. Potius hæ omni tempore interdictæ, atque ab ipsis etiam Romanis Pontificibus eum in censum relatæ, uti cumulus exemplorum apud Gratianum *Decret. Caus.* 3. *qu.* 9. in luce constituit. In Francia vero præterea peculiaris Lex exstabat, *lib.* 7. *cap.* 314. qua *nullum Episcopum extra provinciam suam devocandum esse* statuebatur. Ne ergo huic Legi fraus fieret, in Appellationibus ipsis quoque Pontifici ita procedendum fuit, ut nullam causam Romam deduceret, potius vero Delegatis in Provincia audiendam committeret, nisi Regis accessisset consensus, quo impetrato, Appellatorium Romæ finiri poterat. Observavit id ante me Vir Illustrissimus Petrus de Marca de concordia regni & Sacerdotii *lib.* 2. *à cap.* 20. *usque ad* 25. Non ergo opus est, ut viro sui ævi eruditissimo collecta loca denuo in scenam producam, unicum tamen exemplum maximi momenti excivisse juvabit. Hincmari nimirum Laudunensis, quem Pontifex Adrianus II. appellantem receperat, ejusque adversarios Romam venire jusserat, verum meliora doctus ab incepto destitit, atque ut in Provincia judicaretur, consensit. Monuit tum Carolus Calvus Pontificem: *Non est nostri regii ministerii, sacrorum Canonum judicio condemnatum, quoquam dirigere, cum apertissime sacri Canones definiant, & Leges Justiniani, & cæterorum catholicorum Imperatorum edicta, qualiter, & pro quibus, & à quibus, debeat Episcopus judicari.* Neque minus Hincmarus Rhemensis docuit: *Vestra sciat auctoritas, quia nec prædictum Hincmarum, nec etiam*

(*) *Erudite hic versatus est* Anonymus Theologus Parisiensis in libello de antiquis & majoribus Episcoporum causis c. 54. p. 384. seqq. *ubi contra Davidium evincit, primum Leonem M. appellantibus judicandi auctoritate subvenisse.*

etiam quemlibet Episcoporum, nisi Dominus Rex iis præceperit, Romam, vel in aliquam partem, mea commendatione mittendi habeo potestatem, nec ipse ego ultra fines sui regni, absque illius scientia progredi valeo. (*) Ut adeo exploratum sit, omnia quæ de Appellationibus ad Pontificem *Capitular. lib. 6. cap.* 64. & 401. 7. *c.* 102. *c.*173. *c.*315. *c.*432. *c.*448. *Addit.* 2. *ad Capitul c.*12. *Addit.* 4. *c.*27. 28. 29. 30. 31. occurrunt, eo accipienda esse, ut Appellatione ad se delata, Pontifex causam in Provincia per Commissarios denuo examinare necessum haberet, nisi Rex evocationibus Romam faciendis annuisset. Verum non diu intra hos terminos Papæ se continuerunt, jam Lothario II. Lotharingiæ Rege, & Theotberga ejus conjuge, de validitate matrimonii inter eos initi litigantibus, migrati omnes Appellationum & evocationum fines, probantibus ipsis Germaniæ & Galliæ Regibus tam Rex quam ipsi consentientes Archi-Episcopi Romæ se defendere adacti, hocque ipso jacta majoris potentiæ fundamina, uti præcipue *Annales Metenses* ad an. 865. & Bertiniani ad an. 864. *in Tom.* 3. *Scriptorum Francicorum* Quercetani indicant, latissime autem Calmet *dans son Histoire de Lorraine Tom.* 1. *p.* 711. *seqq.* exsequitur. Miro hoc successu audentior factus est Pontifex, atque auctoritatem suam pedetentim latius propagavit, adeo ut successu temporis Reges, Episcopos, Abbates, privatos denique omnes Romam evocaverit, nulla prima instantia unquam attenta. Defendere quidem ejusmodi conatus molitur Thomassin. *Vet. & nova Eccles. Discipl. Part.* 1. *Lib.*1. *c.* 6. Sed iis argumentis, quæ lecturum non convictura, certus sum. Interim licet non de Jure, de facto tamen constat, neminem magis atque Pontificem in Germania evocationibus grassa-

(*) *Bene memini hoc Exemplum agere de Francia Occidentali sive Gallia, non autem de Orientali sive Germania, cujus mihi habetur ratio; verum cum eo tempore utraque Francia parilibus Legibus regeretur, nemo dubitabit, quin idem in Germania obtinuerit, nec adeo Exemplum sit ineptum.*

itum esse. (*) Quibus ita se habentibus, ridiculum fore existimo, si quis de singulis evocationum Exemplis disquirere vellet, innumera enim

(*) *Notandus præcipue hic decantatus locus* Abbatis Urspergensis p. m. 235. edit. Argent. 1609. Vix remansit aliquis Episcopatus, sive dignitas Ecclesiastica, vel & parochialis Ecclesia, quæ non fieret litigiosa, & Romam deduceretur ipsa causa. *Conjicies inde de innumeris Evocationibus; quod ad privatos autem inprimis notabis, B. Lutherum simplicem Monachum, Romam evocatum esse, teste* Sleidano Lib. 1. fol. m. 9. *eum in finem, ut coram Pontifice crimina dilueret. Deducta tamen Friderici Saxonis Electoris & amicorum interventu eo res est*, ut solutus necessitate proficiscendi Romam Lutherus, Augustam evocaretur, apud Cajetanum dicturus causam. *Verumetiam in causis civilibus Romanæ Evocationes frequentatæ, satis enim rationum erat, si ob* causam peccati *Judici Ecclesiastico, de mere civilibus causis cognoscere licebat. Vix enim casus dabatur, cui non peccatum inesse crederetur. Notum nomen* denunciationis Evangelicæ, *de qua alii integris Dissertationibus, & Illustris* Dn. Bœhmer. Jur. Ecclesiast. Lib. 2. tit. 2. §. 4. seqq. *ut adeo mea opella non egeat. Et hunc quidem in modum vexata Germania, de cujus afflictionibus, ex evocandi licentia Romana natis, vide præclare disserentem* Dn. à Ludewig ad Aur. Bull. Tom. 1. p. 789. seqq. *Solum atque unicum Germanicarum Provinciarum Belgium, suos Romam evocari noluit, atque in eo Jure non evocandi se vel Pontificum ingratiis conservavit, donec* Leo X. 1515. *Privilegio in Observantiam & Statuta Belgica consensit. Refert illud in fine Defensionis Belgarum adversus Evocationes & peregrina judicia* Petrus Stockmans; *Capite secundo vero Belgica adversus Pontificias Evocationes Edicta sistit. Præterea autem solemni Abbatis Parcensis 2. Jun. 1477. Romæ causam dicere jussi Exemplo illustrat, Belgas nunquam evocanti Pontifici manus dedisse. Inter alia Maximilianus I. dum hac de re agebatur, ad Pontificem:* Si denique vestra sanctitas causam cognoscere cupit, eam ut committat alicui in his partibus Prælato, Viro probo, partibus non suspecto &c. Nec ut secus agatur, facile ferre potero. *Et hæc sufficiant!*

enim inveniuntur. Imo non diu est, ex quo hujusmodi evocandi facultate pollere Pontificem, in Germania dubitari cepit.

§. IV.

Imperatoriæ porro & Regiæ Evocationes, & ipsæ satis frequenter auditæ. Hæ quod monuimus, duplicis generis, vel è prima quod ajunt instantia, vel è provincia. Differunt longe Carolidarum tempora à sequioribus, unde ea probe distinguenda. Prioribus, quibus Caroli germen imperabat, prima instantia erat *Vassorum Dominicorum*, secunda *Comitum*, tertia *Missorum*, à latere Regis venientium. Capitular. *Lib.* 5. 204. *Si Comes in suo ministerio justitias non fecerit, Missis nostris de sua causa vel de suis exeniis serviat, usquedum justitiæ ibi factæ fuerint. Et si Vassus noster justitias non fecerit, tunc & Comes & Missus noster ad ipsius casam sedeant, & de suo vivant, quousque justitias faciant.* Hic semper superioribus cum inferioribus concurrens Jurisdictio si res exigebat, Rex vero neminem evocabat, nisi à Missis ad eum appellaretur, aut talis esset causa, quæ non nisi à Rege ipso decidi posset. Capitular. *Lib.* 5. 16. *Et si aliquis homo ad Palatium venerit pro causa sua, & antea suo Episcopo suisque ministris quæ Ecclesiastica sunt, & quæ secularia suo Comiti non innotuerit in mallo ante Rachinburgios, aut si causa ante Comitem in mallo fuit & ante Rachinburgios, & hoc sustinere noluerit, quod ipsi legitime judicaverint, si pro istis causis ad Palatium venerit, vapuletur. Et si major persona est, Legem exinde faciat.* Desumta est hæc Lex ex *Capit.* 755. *c.* 29. & *c. an.* 756. *c.* 9. ubi plura adduntur. Alius locus est Capitul. *Lib.* 5. *cap.* 243. *Si quis voluerit dicere, quod ei juste non judicetur, tunc in præsentiam nostram veniat, aliter vero non præsumat in præsentiam nostram venire, pro alterius justitia dilatanda.* Quocum conspirat *Capit. Ludovici Pii a.* 829. *tit.* 2. *c.* 14. insertum *IV. Addit. ad Capitular.* 115. ubi Rex: *Populo autem dicatur, ut caveant, de aliis causis se ad nos reclamare, nisi de quibus aut Missi nostri, aut Comites iis justitias facere noluerint.* Omnis vero hæc Jurisdictio in provincia, in ea Evocationes ad Comites, ad Missos extra illam Comes & Missus privati erant. Hi de quibus diximus Missi, vicem Regiam tenebant, quater in anno per cunctas Regni Provincias discurrebant, appellationes recipiebant,

cum

cum Comitibus tempore præsentiæ suæ concurrentem Jurisdictionem exercebant, omniaque alia curabant, quæ du Fresne *Glossar. Lat. voc. Missus*, & Hertius *Notitia Regni Francorum veteris* §. 27. & 40. *Tom. 1. Opuscolor. p.* 407. & 421. edisserunt. Hinc regiis extra provinciam in prima instantia evocationibus nil opus, quas tamen Rex pro lubitu decernere poterat, si quidem id voluisset.

§. V.

PostCarolingicum ævum, quo Cæsares totum regnum obibant, neque uno solo in loco sedebant, evocationes Regias in Provincia è prima instantia sæpius, è Provincia in aliam rarius, è Germania in exterum regnum, plane non passum est. Absente Rege, Missis cum Seculo IX. & X. initiis sepulto, *Palatini* aut *Landgravii*, quos Otto I. in singulis Provinciis, observante id jam ante me Illustri de Ludewig *de prærogativis Wurtembergici Ducatus p.* 72. constituerat, vice Regis Juri dicundo invigilabant, à quibus ad Regem appellatum, qui in provinciam veniens de horum judicatis cognoscebat, cum omnibus vero aliis Judicibus concurrebat. Creberrimæ ergo evocationes è prima aut secunda instantia, sed omnes in Provincia. Palatinorum porro & Landgraviorum Familiis vel extinctis, vel in Dominorum territorialium dignitatem transscriptis, ipso munere vice Imperatoris Judicium exercendi penitus abolito, Rudolphus Habspurgicus atque hunc secuti Germaniæ Reges, aut Judicia Provincialia condiderunt, aut vero certis Proceribus Juris dicundi vices delegarunt, qui *Judices Capitanei* per hanc vel illam terram, *Procuratores Cæsarum*, vel etiam *Vicarii* dicebantur. Hausta hæc consuetudo ab Italicis moribus, ubi tales Capitanei, quos *nuncios* dicebant, diu jam obtinuerant. §. *in causis de Pace Constantia*. Primum vero in Germania deprehendo, apud virum dum hac aura fruebatur eruditissimum, Joh. Michaelem Heineccium *Antiq. Goslar. lib.* 3. *p.* 306. *Ottonem Principem Ascharia & Comitem Anhaltinum, Judicem à Serenissimo Domino Rudolpho Romanorum Rege per terram Saxonia constitutum*, qui rursus in Diplomate de An. 1290. p. 308. *Judex Capitaneus, à Serenissimo Romanorum Rege Rudolpho per Saxoniam de consensu Principum constitutus, audit* ejusque Assessores sive conjudices, *Conradus de Werningerode,*

de; Henricus Comes de Blanckenburg, & *Henricus Comes de Regenstein, memorantur.* Sic *Procurator* Caroli IV. *Rudolphus de Luppy* in Lotharingia, apud Chifflet. Commentar. Lothar. *p.* 21. *seqq.* Sabaudus vero ejusdem *Vicarius* in Genf, Losanina & Sitten, apud Stumpff. Schw. Chron. *lib.* 8. *c.* 25. alii alibi inveniuntur, quibus tamen ut immoremur, instituti ratio non fert. Ab his in Provincia Jus dictum, ita tamen, ut Imperatore ipso præsente eorum Judicium cessaret. Etenim der Römisch Keyser ist ein gemeiner Richter über ylichs Menschen kunne und über al lyp und gut. *Spec. Suevic.* Landr. *art.* 79. der Künig ist gemeyne Richter überal Sächs. Landr. *P.* 3. *art.* 26. In twelke stat die Künyng kumt binnen deme Riche, dar is yme ledich Munte unde toln. Unde in swelk Land her kumt. Do is yme ledich datz Gerichte. Datz he wol richten mut alse de clage de vor Gerichte nit begunt noch nicht gelent (i. e. geendiget) sie Sächs. Landr. *part.* 3. *art.* 60. Wenn der Graf zu des Gaugrevens Gerichte kommt, so soll dasselbe dadurch aufgehoben seyn. Ein gleiches geschicht des Grafens Gerichte, wann der König in seine Grafschafft kommt, und sie beyde gegenwertig sind. Und also ist es mit eines jeden Richters Gerichte wo der König gegenwärtig ist, die Klage gienge dann auf den König selbst. Sächs. Landr. *p.* 1. *art* 58. Cæsar ergo quemcunque evocabat, ad locum ejusdem Provinciæ ubi ipse judicare solebat. *L. cit. lib.* 3. *art.* 62. Certe si avocare poterat, multo magis evocare.

§. VI.

Omnes illæ evocationes in Provincia. Interim magni ponderis causis nonnunquam moti Reges nostri, extra Provincias ire accusatos compulerunt. Licere id Imperatori perpetua Lege statutum, dum de Exceptione fori declinatoria Henrici Leonis agebatur. Audiamus Urspergensis locum notatu dignissimum, qui *p.* 227. *edit.* 1609. ita sonat: *Ast Imperator ipsum Ducem frequenter evocat ad curiam, ad objecta responsurum. Ubi quidam Principes & Barones, fautores Ducis, more Teutonicorum, qui sine Lege & ratione voluntatem suam pro Jure statuentes, contra Imperatorem hoc Jus tenere volebant, ut Imperator Ducem condemnare non posset, vel terras suas abjudicare, nisi infra terras Ducis placitum statueret. Porro quidam nobilis exurgens in medi-*

um, proposuit quod Lege duellionum, quo & Lege & ratione firmatur, hoc vellet obtinere contra quemlibet secum pugnare volentem, quod Imperator quemlibet Principem posset evocare pro justitia ad locum quemcunque vellet, infra terminos sui Imperii existentem. Cumque nullus isti se offerret ad pugnam, edicto Imperatoris præfata sententia pro Jure perpetuo statuta est, quam non dubium est, auctoritate & ratione firmari. Et ab hoc quidem tempore nemo evocationibus Imperatoriis extra provinciam contradixit, præter Magdeburgenses, qui Carolo IV. CIↃCCCLVIII. eos è Saxonia devocanti opposuerunt: Das man um eigen Gut nirgend sol antworten, dann in dem Gerichte da es leit. Ægerrime vero hoc tulit Imperator, nec parvo ære incassum opposita Exceptio Magdeburgicis constitit, cum tandem Pragæ Juri stare compellerentur. Lectu dignissima sunt quæ hac de re auctor σύγχρονος *Chronici Magdeburgensis*, adhuc MSti. recentiore quidem stylo in copia quam possideo donati, sed optimæ fidei, utpote cujus auctor pars magna harum turbarum, refert, unde gratiam Lecturorum me initurum arbitror, si integrum locum, paullo longiorem, quam qui hic locum capiat, Num. I. libello subjecero. Id tantum, quod jam tetigi, Germanis datum, ne in peregrinum solum, extra fines Imperii ab Imperatore evocarentur, cui rei, observantia satis firmæ, magis roborandæ, sequioribus temporibus commentitium privilegium obtentui sumtum, quo cautum sit, *Alemanniæ Principes, non teneri in locis extra Imperii limites comparere*, addito simul (pari commento) *ejus conservatore Comite de Zuvarzeborg*. (*)

§. VII.

(*) Crantzius *est cujus verba hic referimus*, *Saxoniæ* libr. 10. c. 38. *reperienda*, *ex quo* Limnæus Jur. Publ. lib. 4. c. 8. n. 87. Gryphiand. *de Weichbild*. c. 60. n. 16. Mager. de Advocatia armata c. 15. n. 186. L. B. de Lyncker de Libertate Statuum Imperii Sect. 3. membr. 1. §. 10. p. 65. Kemmerich Disp. de Jure de non evocando p. 35. *Loquitur autem hujus privilegii apud Cranzium mentionem habens Iohannes Episcopus Lubicensis satis dubie per* audio & fertur, *unde certi nil peti potest, cum tamen res ipsa dubietati subjecta non sit. Etenim præter Urspergensem supr. cit.* Speculum Suevicum Landr. 1. Buch cap. 39. *hac habet:* So der Künig ein Hof wil gepieten über

§. VII.

Habes ergo evocationes Post-Carolingicas è prima instantia & extra provinciam, quibus Imperatores adeo indulserunt, ut posteriori-

über sehs Wochen, und sol in den Fürsten und andern Hern künden mit versigelten Briefen. Sie sullen Hof suchen zu tütschen Landen, und nit fürbas. *Dehinc* Capitulatio Caroli V. *in multis vetustorum morum servantissima* art. 15. *his verbis disposuit*: Auch die Chur-fürsten, Fürsten, *Prælaten*, Graffen, Herrn, und den Adel, und andere Stände und Unterthanen des Reichs mit rechtlichen oder gütlichen Tagleistungen, ausserhalb teutscher *Nation*, und von ihren ordentlichen Richtern nit dringen, erfordern noch fürbescheiden: sondern sie alle, und jeden insonderheit, im Reich, laut der gulden Bullen, auch wie des heiligen Reichs Ordnung und ander Gesetz vermögen, bleiben lassen. *Unde in omnes reliquas manavit. Ut adeo certissimum sit, nunquam Germanos extra Germaniæ limites evocationes passos. Id tamen ex hoc vetusto more elici non poterat, ut in Bohemiam evocantis Imperatoris Iudicium eo ariete concuteretur. Bohemia enim semper post A. Bull. Iuris Germanici habita, licet incolæ Slavi. Unde nec Iuliacensium terrarum Dominis, nec aliis superioris seculi initio eo niti profuit, exponente* Goldasto de Regno Bohem. lib. 1. c. 2. §. 6. & 7. *ejusque erudito* Notatore. *Quod vero de Comite Zuvartzeborgico sive Schvvartzburgico, conservatoris hujus privilegii vices sustinente disseritur, id quidem profundam caliginem, qua Sigismundi Imperatoris jam tempore, Germaniæ antiquioris facies mersa erat, satis indicat. Scilicet Comes Schvvartzburgicus, post Ascanios, vices* Capitanei generalis *per Saxoniam, de quo officio paulo superius, sustinuerat, & fors tempore quo Crantzio memorata agebantur, adhuc sustinebat, unde apud hunc causas primo loco esse audiendas, Saxones dicebant, ipsi tamen quid proferrent nescii. Sunt nobis certa hujus rei indicia, de quibus in Commentatione* de Origine Celsissimi Judicii Aulici, *& egimus, & DD. amplius acturi sumus. Comes sane Schvvartzburgicus, licet alias potentissimus, privilegio pro integra Germania defendendo non suffecisset, quod unicum fabulæ convellendæ satis esset.*

bus temporibus nullas, neque eas etiam exceptiones curarent, quas Speculator Saxo Landr. *lib. 1. art. 34. & lib. 3. art. 33.* suppeditat, latius vero *Glossa ad d. art. 33.* explicat, utpote, licet Glossator aliud velit, magnam partem Romano Juri, quod Carolus IV. & successores præcipue venerabantur, incognitas. Immediati certe atque mediati, juxta ad Judicium Aulicum in secularibus evocati. Fuit equidem, non nego, species primæ & secundæ instantiæ, verum non privativæ, sed cumulativæ, ubi Imperator & summa ejus Judicia semper concurrebant, implorataque evocabant. Nullum adversus hæc remedium nisi à *privilegiis de non evocando*, extra quæ nemo de primæ instantiæ beneficio, aut evocatione non facienda extra provinciam, securus. Certe quoties casus eveniebat, ut mediati evocarentur, de nulla alia re, præterquam de hujusmodi privilegio quæstio. Laudo consensum eruditissimi *Auctoris* der nothwendigen Erinnerung auf die Donawörthische Information *p. 131. seqq.* qui etiam Fridericum III. articulum illum, qui nunc in Ordinatione Camerali 1495. primam instantiam fundans conspicitur, adhuc 1486. eum in modum declinasse refert: Daß solcher Articul dem Rechten nit gemeß, noch im Reich also herkommen, dann wann nach alter Gewonheit des Heiligen Reichs, einem Ladung auf sein Begeren geben, ob dann der so geladen ist, einen Herrn oder ordentlichen Richter, der in Krafft Churfürsten, und ander Königlichen und Keiserlichen Freiheit in Rechten erfordert unterworffen: Daß man dann dem, soferr der Handel nach Ordnung und Gewonheit des Keiserlichen Cammer-Gerichts zu weisen gewest ist, für denselben seinen Herrn oder ordentlichen Richter mit Recht gewisen hab, bey welchem es die Keiserl. Majest. den Rechten zu Befürderung, und Reich zu Ehren, auch bleiben lassen. Quibus verbis adstipulatur illustre Exemplum in Diplomate Judicis Aulici Johannis de Lupffen dat. Norimbergæ 1431. in *privilegiis Francofurtensibus p. 276.* & apud *Lunigium* ubi contra evocationem factam, productis privilegiis judicatum: Man solt dieselben von Franckfort bey yren Gnaden und Fryheiten blyben lassen. Unde horum privilegiorum utilitas per se patet, de quo pluribus infra. De Germania loquor, Italis enim Jus primæ instantiæ & in Germaniam non evocandi tribuit Pax Constantiæ §. *in causis.* quod monendum erat.

§. VIII.

§. VIII.

Pergimus ad evocationes Principum, Comitum ac Dynastarum, omniumque Statuum & membrorum Imperii. Hujusmodi evocationes iterum factæ vel in provincia, vel extra illam. Extra provinciam evocationes è territoriis aliorum Statuum satis fuisse solemnes, vel Privilegiorum Cæsareorum, adversus evocationes concessorum clausulæ hujusmodi casibus etiam obviantes, indicio sunt. Juvabit ea quæ diximus, binis Exemplis illustrare. Primum suppeditat diploma Norimbergense apud Schilterum in diplom. & Documentis ad Friderici III. Historiam, ubi Imperator *p.* 258. hunc in modum: Als ihr, (Norimbergensium) erbar Bottschafft uns hat fürgebracht, wie daß sie und die ihren, offt und dickh, für das Landgericht zu Bayern und zu Franckhen, und ander Landgericht, Zenten, Landschrannen, und ander frembde Gericht, geheischen, geladen, und umgetriben würden. Secundum depromimus ex Lunigii Reichs-Archiv *Part. Spec. Contin. IV.* im erstern Th. *X.* Absatz *tit.* Donauwörth. §. 19. *p.* 414. & 415. in quo Sigismundus: Wann für Uns kommen ist, des Burgermeisters/ Rats und Burgere gemeinlich der Stadt zu Schwebisch Wördte, ... erbere Botschafft, und Uns fürbracht hat mit Clage, wie des Hochgeborn Ludwig, Pfaltzgrave bey Rhein ... etlich die seinen, und auch andere, den vorgenanten von Schwebisch Wörde ihr Libe und Gütere, für die Landgerichte zu Greyspach, zu Hochstetten und zu Hirschperg ladte, und rechte und achte über sie sprechen lasse *rc.* Extant etiam specialia inter Status, harum evocationum causa inita pacta, quæ sane superflua fuissent, nisi evocationes abiissent in morem. Suffecerit Exempli loco adduxisse pactum inter Philippum Comitem Hanoicum & patriam meam Francofurtum 1481. conflatum, ubi inter alia: Nemlichen ob ymand in den übrigen sechszehen Dörffern der Zente, die Burger zu Franckfort oder die iren, einen oder mer, ir Leib oder Güter, liegende oder farende, mit Gerichte komberte, auffhielte, sie beklagte, Vorderung an sy tete, oder sunst Verbott auf sy legte, und der Rate zu Franckfurt daselbs hin für ir Burger oder die yren schriben und sy abvorderten, so solt der Cleger gein den Burgern gein Franckfurt nach der Burger Freiheit sage und amwer die iren, an Gericht, da sie wonen, gewiset werden, und aber solichs von den Gerichten nit beschee, und darüber ferrer erkant

oder procedirt würde das alles und ygliches soll kraftlos, vernichtet, und abe sein. Alia non moror, causa turbatarum eum in modum inter Status Jurisdictionum non tantum inferius dicenda, sed hæc quoque est, quod iis temporibus injustum nil, quod vindicari non poterat. Eo magis dolenter vero id genus evocationes Imperii statibus ac membris accidebant, quia ipsis *Jurisdictio patrimonialis sive colonaria*, (*) cuilibet Domino in homines suos proprios ab antiquo competens, fortassis evocationibus ipsis regiis & Appellationibus hucusque intacta, non parum patiebatur deliquii. Sed tandem malo nata medela, uti sequenti capite docebitur.

§. IX.

Jam vero intra provincias Status medio ævo evocasse, extra dubium. Scimus primas instantias aut Delegatis, aut Statibus Provincialibus olim tributas, scimus etiam horum partem, Jurisdictionem colonariam in suos conservasse. Non tamen nos latet, à Delegatis per Landr. *Part.* 1. *art.* 58. ab aliis vero nonnunquam consuetudine subditos ad ipsum Principem evocatos, quinetiam evocatos nonnunquam. Adeo vero id obtinuerat, ut Status Bavariæ Provinciales à Duce Ottone Jurisdictionem Hofmarchialem quam dicunt, sibi alias competentem magno ære redimere cogerentur. Narrant id sed non satis explicate Historici Boii, magis vero exponunt Diplomata, alias typis impressa. Interim consuli poterunt de Chlingensperg *de Jurisdictione Hofmarchiali cap.* 5. & Ertel. *in praxi Aurea de Iurisdictione inferiori lib.* 1. *cap.* 1. *observ.* 10. Conjicio saltem, Nobilitati Bavaricæ antequam privilegium, Hofmarchiale quod vocant, concederetur, Jurisdictionem competiisse, veritatis tamen loco cuiquam hanc conjecturam obtrudere minime ausim. Non enim adeo recte integræ & late patentes Hofmarchiæ ad Jurisdictionem colonariam referri pos-

(*) *Consulere poteris de hac* Dn. Heineccium *de origine atque indole iurisdictionis patrimonialis. Hal.* 1716. 4. Meinders *de Iurisdict. colonaria Lemgov.* 1713. 4. *& B.* Schilterus *Dissert. de curiis Dominicalibus, Commentario ad Ius Feud. Alemann. inserta, ubi* Durrio, *qui* 1642. *de eadem re scripserat, contradicit, quod ultimum scriptum nunc Schilteriano subjunctum est.*

possunt, unde fors hoc in casu bannus Judiciarius à Duce, qui in Bavaria ab antiquo omnia poterat, petendus fuit. Sed quicquid de hoc sit, suffecerit mihi, Ducem in provincia è Hofmarchiis, sive prima instantia munitis sive non munitis evocare potuisse, Ottonem vero & Albertum Duces Jurisdictionem Hofmarchialem vendidisse. De aliis Provinciis quin in iis Evocationes ad Ducem obtinuerint, minime ambigo. In Appellationibus certe è Landsassiorum terminis evocare integrum fuisse nemo facile disputabit. In prima instantia autem Evocationes nunquam eo Seculo cessasse supra adductus locus des Sächsischen Landrechts exemplo est.

§. X.

Majoris abollæ sunt, Evocationes judiciorum Aulici & Cameralis, de quibus sub Imperatore dictum, & tertio capite denuo dicetur. Præcipue autem hujus loci existimamus Evocationes judiciorum Westphalici & Rothwilensis, in medio ævo mage frequentatas. Et ipsa quidem judicia quæ qualiave fuerint, nemini ferme ignotum mansit, cum tot libri de eis prodierint, eorumque Jura nostra & patrum memoria tanta contentione sint exposita. Quod ad nostram autem materiam, de Westphalico sciendum est, illud omnes, cujuscunque gradus aut dignitatis, ob quascunque demum causas, nullo cujuscunque Jurisdictionis habito respectu per totam Germaniam evocare solitum fuisse, uti id Exemplorum docet cumulus. Substiterunt vero hujusmodi judicia in omnibus provinciis Germaniæ, omnia ferme Evocationibus grassata, ita tamen, ut Westphalica, reliquorum omnium impotentiam superarent. Notis notiora hæc esse debent, Historiæ Germaniæ perito, licet magnos Viros hæsitare videamus, num tota Germania aluerit id genus homines, Frigraviorum nomine insignes. Quæ quamvis ita sint, addemus tamen nonnulla, ad Evocationes hujus farinæ judicum spectantia, neque multis antea visa. Princeps est locus Revii *in Historia Daventriæ, p.* 112. quem integrum adscribemus. Bernhardus Hase, inquit, *apud Dietericum Coninck liberum Comitem (Vry Grave) Ducatus Geldriæ liberæ sedis Wolmariensis in Sleden accusavit nonnullos, quod sese vi aggressi essent, id quod pretio 3000. veterum scutatorum tolerare noluisset.*

Liber

Liber Comes Didericus Koninck Viris accusatis ad liberam sedem Sledanam diem dixit. Boni hi viri hac de causa in magnis erant angustiis, licet enim civitati Campensi non deessent privilegia ne cui cives suos ad aliud quam Senatus urbani tribunal liceret evocare, neve de ejus sententia uspiam provocationem interponere, nihilominus sollicitudo non exigua ipsum Senatum habebat, propter magnam, & nullis propemodum limitibus circumscriptam, ejusmodi Comitum potestatem. *Cujus rei vel hoc indicium esse potest, quod Episcopus Ultrajectinus licet Princeps Imperii esset, & omnibus Regalibus ac Jurisdictione Celsi Dominii gauderet, reliquisque Praeminentiis Principum Imperii, nihilominus ab Imperatore Carolo IV. 1361. in liberorum Comitum Ordinem adscriptus fuit.* (*) *Itaque Senatus in his positus angustiis, ad Episcopum Trajectensem litteras dedit, rogans, ut propter privilegium se evocari non pateretur, qui re cum suis deliberata, id se esse facturum decrevit, atque 1463. litteras ad eum dedit, monens ut desistat, quod tamen is facere supersedit, atque in Citatione sua, auctoritate Caesareae Majestatis, progressus est. Nec extrema adversus eum experiri, Campenses consultum judicarunt. Unde Episcopus egit cum Bernardo Hase (libero Comite) ut supranominatis Campensibus coram sese, (cum & ipse liber Comes esset) diem diceret, pollicitus, se quod Juris esset, integre pronunciaturum, atque quod judicatum esset, ei partes litigantes obsecuturas. Consenserunt in id Campenses citati, pro quibus fidejussit Episcopus, quem vicissim indemnem se praestituros, ipsa Civitas in se recepit, datis in id litteris, sigillo suo munitis. Atque ita, (ut puto) lis illa tum quidem terminata est. Verum Metropoles Transsalanae, cum supra modum ab hujusmodi actionibus, quibus privilegia sua violari querebantur, gravarentur, deliberarunt inter se, qua ratione à liberis*

(*) *Habes privilegium datum Norimbergae anno Domini millesimo trecentesimo sexagesimo primo Indict. quartadecima* 18 *Kalend. Maji apud* Matthæum de Jure gladii, p. m. 468. *ubi is Revium nostrum citat, atque hac occasione de Judiciis Westphalicis plura disserit. Ex cujus tamen scitis, ut & iis qua* Introd. ad Jus Canon. p. 372. seq. *leguntur, agnoscas, non satis horum judiciorum naturam perspectam habuisse* Matthæum, *Virum alias eruditissimum. Sed hac in transitu.*

Digitized by Google

liberis istis Comitibus & Scabinis Vernæ, (*ut appellabantur*) *sese expedire possent. Pius ergo II. Papa, hoc tempore Cardinalem Legatum in hisce oris habebat, eum per libellum supplicem adierunt, rogantes, ut potestatem judicii clandestini, autoritate Pontificia, irritam reddere vellet. Id quod se effecturum, ac confirmationem ejus rei, à Pontifice impetraturum, Cardinalis promisit, quod & effectum dedit. Nam per Bullam Pontificiam, omnes liberorum Comitum Citationes abrogavit, ac ut unusquisque coram competenti judice conveniretur, sancivit, Bullæ papalis Exempla, ad civitates Transisalaniæ transmisit.* Hæc Revius ex Bocopio, ejusdem ævi scriptore. Sed propius nos tangentia Exempla, è Manuscriptis Num. 2. & 3. subjecimus. Alterum horum, quod è Petri Zornii Chronico Wormaciensi MSto decerpsi, turbas ex abusu devocationum judicii Westphalici, Wormatiæ circa an. 1408. natas exponit; Alterum, quod mireris, anno Domini 1512. (quo alii hæc Judicia jam abolita dixerunt,) demum natum, quo itidem mediati & communitates evocantur, Palatinæ alius ditioni subjecti. Tuebere ibi modum quo hæc judicia usa, quando ad extrema deveniebant, poterisne de veritate eo magis securus esse, quo magis tibi affirmamus, nos Originale ipsum pergamenum tractavisse. Quantus vero Westphalicarum Evocationum fuerit timor, vel inde etiam discere est, quod inter insignia privilegia, quibus Imperator Fridericus III. Nussiam mactavit, vetus scriptor, (σύγχρονος, Christianus *Wierstat*, qui post obsidionem solutam, librum versu Germanico conscriptum, sub titulo: Historie der Stadt Nuys imprimi curavit) & hoc memorat:

Dat man sie an dat heymlich Recht,
Nit laden sal, mit eyncher Echt.

Certo indicio, cives qui in obsidione fortissime fecerant, potius aliud quidvis petituros fuisse, nisi à Westphalicis Scabinis, maximum eis imminuisset periculum. Nunc ad alia. Plura enim de Westphalicis Judiciis dicturum, instituti ratio silere jubet, (*) unde hoc Catone contentus eris.

(*) *Restant multa de Westphalicis Judiciis, aliis indicta, quæ curato ordine disposita, alia vice tibi non invidebimus.* Freheri *enim de Feimeris tractatui, novam editionem, & supplementa decrevimus.*

Digitized by Google

§. XI.

Jam vero *Rothvvilenses evocationes*, & ipsæ frequentissimæ; Nihil his in tota Germania intentatum fuit. In Holsatiam usque hi judices, ampliandæ Jurisdictionis avidas protenderunt manus, ut adeo minimum hinc probari possit, (quod B. Schilterus *Institutionum Juris Publici Lib.* 4. *tit.* 9. §. 2. satis liberaliter largitur,) Judices nostros, concurrentem Jurisdictionem, cum judicio Aulico sibi finxisse. Verum eam quidem Jurisdictionis amplitudinem nemo præter Schilterum facile deprehendet, fortassis autem defendi posset, quod paulo ante idem eruditus Vir, non sine contradictionis nota protulerat; Provinciis omnibus, quæ Jure Alemannico regebantur, hoc judicium fuisse commune. De circulis sane Austriaco, Franconico, Suevico & Rhenano hodiedum nemo dubitat, quos ne omnes quidem Juris fuisse Alemannici, opinantur. Sed hoc extricent alii. Nobis fortasse suffecerit, *concurrere etiamnum in jamdictis circulis Judicium Rothvvilense cum Magistratibus ordinariis, ita, ut si speciali privilegio tuti non sint, vel se justi tempore ad Jus administrandum non offerant, aut Exemtiones aut privilegia non legitime allegent, illud Magistratus loci prævenire, vel in subsidium etiam cumulative quod ajunt, jurisdictionem exercere.* B. Pfeffingeri *ad Vitriar. Lib.* 4. *tit.* 8. *n* 9. *p. m.* 695. *Tom.* 4. hæc verba sunt, unde cum judicium hoc auctoritate non creverit, sed decreverit, facilis conjectura est, quam frequentibus olim Evocationibus fuerit grassatum. Passim de eo Status conquestos legas, imo nostro tempore adhuc conqueri, cum casus excepti die Ehehafften, latissime extendantur, privilegia etiam, vanis nonnunquam ex causis, raro attendantur. Evenit vero ex hoc evocandi pruritu, ut privilegia de non evocando & non appellando, præcipue contra Westphalicum & hoc judicium decreta legas, unde etiam potissimum ejus Præsidi insinuatio facta. Testantur id mille insinuationes, ex quibus Argentinensem de an. 1496. quia necdum edita est, Num. 4. in calce subjiciemus. Tandem vero Privilegiorum de non evocando frequentia id effectum, ut nullus fere Status Imperii, in terminis circulorum judicio parentium sit, qui ejusmodi privilegio non gaudeat. Quam vero nihilominus contranisi sint Rothwilenses Præsides, vel Privilegia Trevirensi & Coloniensi Electoribus, 1562. & 1570. concessa, atque

atque à P.M. Wehnero, *Symphoremat. Gylmanniani Tom. 27. pag. 7. 8 9. seq.* inserta, satis probant. Variis vero artibus effecerunt, ut semper privilegia, adversus se directa, eludendi, ratio esset. Non omnes hujusmodi technas, sub quorum umbone Evocationes continuatæ huc conducere animus est. Unicam tamen non possum non in scenam vocare, dum videlicet privilegio Maximilianeo de an. 1496. in Lunigii Reichs, *Archiv Part. General. Contin.* 1. *p.* 169. plures clausulas inseri fecerunt, quas pro lubitu extendendi ansa esset. Sensit inprimis eorum licentiam civitas Argentinensis, ne duriora pateretur, privilegium Imperatoris Declaratorium, A. 1518. impetrare coacta, quod hactenus ἀνέκδοτον, ex Copia non satis vitiis carente, Probatio V. tibi dabit. Nec plura de hoc judicio monebo, cum aliorum industria, B. Pfeffingeri inprimis, vel spicas lecturo otium paraverit, instituto autem jam factum sit abunde.

§. XII.

Devenimus ad judicia Provincialia, in Franconia, Suevia, & alibi locorum existentia, olim & nunc, à conditoris Majestate, Cæsarea dicta. Quam vero ingens horum cumulus fuerit, Catalogus Pfeffingerianus *lib.* 4. *tit.* 8. *Vitriarii illustrati*, in aprico ponit. Neque tamen hic omnia attigit, effugere enim ejus diligentiam, præter *Magdeburgicum*, (*) *Aquense*, *Coloniense*, *Francofurtense ad Mœnum* (**) summa Tribunalia, minora nonnulla Imperii judicia, omnia ut ad scopum meum deveniam, Evocationibus adsueta. Etenim omnes hi judices, quod Suevici adhucdum, concurrentem sive cumulativam Jurisdictionem cum Judicibus ordinariis investitis à Cæsare sibi

Ppppppp 2 posce-

(*) *De Magdeburgico vid.* Ockelius de Palatio regio seu Scabinatu Halensi, nonnullisque aliis ad Burggraviatum Magdeburgensem spectantibus Juribus, *quem ridet* Ludewig ad A. Bull. Tom. 1. p. 775.

(**) *Dicemus de his, Francofurtensi inprimis, cui omnis, quam late patet, Wetteravia subjecta fuit, singulari Commentatione, si Deus vires & otium concesserit.*

poſcebant, quippe haud ſecus ac illi, banno regio inveſtiti. Sächſ. Landr. *lib.* 1. *art.* 59. Habes cauſam creberrimarum Evocationum, præcipue Seculo XV. Germania ditiore, adeoque litigiis magis obnoxia effecta, exortarum. Superioritas enim territorialis in multis regionibus nondum innotuerat, ſequioris quippe Seculi res & nomen, unde perinde habebatur, quis demum in Provincia adiretur, Jurisdictione ab Imperatore inveſtitus. Sed hanc disquiſitionem ad finem capitis rejiciemus. Nunc redeamus ad Evocationes judiciorum noſtrorum, in ſpecie conſideratas. Marchionem Albertum Brandeburgicum, Judicio Cæſareo Provinciali Norico donatum, Privilegium ſuum eo interpretatum eſſe, *quod omnes Alemanniam inhabitantes cum finitimis citare poſſet, & judicialiter de eis decernere*, Andreas Ratisponenſis, *Chron. Bavar. ad an.* 1477. in Schilteri *Scriptoribus Rerum Germanicarum p.* 65. auctor eſt, neque reliquos judiciorum Provincialium Præſides minus ſibi ſumſiſſe, quæ jam propoſuimus, demonſtrant. Quo ſucceſſu, recentiores controverſiæ oſtendunt. De quibus tacere, quam plura dicere, ſatius judico.

§. XIII.

Recipio me ad id quod ante promiſi, nimirum cauſas, quæ Evocationum intemperiem in medio ævo produxerunt. Harum vero principem & tantumnon unicam jam digito monſtravi, unde illuſtramentis ſaltem opus erit. Regem evocaſſe cunctos mortales, Imperio ſuo ſubjectos, ſupra oſtendimus. Idem ſibi competere judicia, ejus Majeſtate conceſſa, credebant. Nondum vero tum temporis Jurisdictionem territorio circumſcriptam fuiſſe, adeoque omnibus, qui ſub banno regio judicabant, præventionem patuiſſe, & hoc illuſtrat, quod evocatorum Superiores, quando pro abolitione decretorum Proceſſuum, aut privilegio de non evocando ſupplicabant, non Jus ſuum territoriale, (quippe quod nondum exiſtebat,) ſed tantum id queſti fuerint, ſua judicia Jus non negaſſe, adeoque longe majore viæ ſumtuumque Compendio, domi ſuæ Jus reddere potuiſſe evocatos, & reliqua in hanc ſententiam. Teſtem produco, qui inſtar omnium eſſe poſſit, Sixtum V. qui in Bulla, Wormacenſibus adverſus

ſus evocationes 1488. Id. Jul. conceſſa, (quam infra habebis integram,) hæc ſibi ſupplicata refert: *Licet per eos*, (Wormacenſes) *tam de ſe, quam de aliis eorum Jurisdictioni ſubjectis nunquam fuerit juſtitia denegata, tamen ipſi per certos Frigravios nuncupatos, & alios judices Weſtphaliæ & aliorum judiciorum vetitorum, extra civitatem prædictam, & ad loca plurimum remota & diſtantia, ad quæ ipſi ProConſules, Conſules, Communitas, cives & incolæ ſeu eorum aliquis, ſine magnis perſonarum & Rerum ſuarum periculis pervenire non poſſunt, ſæpenumero trahuntur & evocantur, in cauſa cujus occaſione ſint evocati, variis laboribus & anxietatibus Rerum ſuarum grande diſpendium evitare nequeunt, in eorum graviſſimam jacturam & gravamen* &c. Unde prono fluit alveo, quamprimum rerum Status mutatus, atque Superioritas territorialis ſtabilita, evocandi extra locum territorii obſervantiæ, non amplius conniveri potuiſſe, uti etiam omni ſtudio Status eò connixos cernimus, ut iis obex poneretur, qua de re nunc videndum.

CAPUT III.

De prohibitis hodiernis moribus Evocationibus, partim generali Lege, partim Legibus ſpecialibus & conventionibus, partim etiam privilegiis de non evocando, ſigillatim conceſſis.

SUMMARIA.

1. *Ante Leges publicas privilegiis de non evocando opus?*
2. *De Subjecto privilegiorum de non evocando activo & paſſivo.*
3. *Jus dandorum privilegiorum de non evocando.*
4. *Alii modi queis evocationes ſublatæ.*
5. *De evocationibus Legibus publicis ſublatis.*
6. *Evocationes hodiernæ Pontificis.*

7. *Evocationes Imperatoris.*
8. *Evocationes Principum.*
9. *Evocationes provincialium in territoriis Statuum.*
10. *De evocationibus Judicii Aulici & Cameralis.*
11. *De evocationibus in criminalibus.*
12. *An privilegia de non evocando hodie adhuc aliquid tribuant post latas Leges de non evocando?*

§. I.

Converſus ergo Reipublicæ Germanicæ Status, Evocationibus finem attulit. Effecit is, ut publicæ Leges abrogarentur. Ab hac porro Landſaſſiis id bonum natum eſt, ut ordinis ſervandi cauſa, Domini territoriales ipſi, ab Evocationibus ſubditorum è prima inſtantia, olim conſuetis, ſe abſtineant. Iniquum enim putarunt, alio Jure adverſum Imperatorem ſe uti, quam Landſaſſii erga ipſos. His autem Legibus & obſervantiis nondum inolitis, vix aliud promptius adverſus Evocationes remedium, quam privilegium de non evocando. Inde tanta hujusmodi privilegiorum ſeges enata. Inanis opella foret, omnium id genus privilegiorum cenſum inſtituere velle, cum ferme innumera ſint. Imo dicerem, paucos eſſe Statuum aut membrorum Imperii, qui talibus Legibus privis non gaudeant. Unde potius dicere noſtra referret, qui non, quam qui privilegiati ſint. Sed nec hoc otii defectus admittit. Fortaſſis tamen non nullius uſus foret, ſi quis ad modum Catalogi Privilegiorum de non appellando, Commentationi Syſtematicæ de Jure Camerali PerIlluſtris Ludolffi ſubnexi, Catalogum privilegiorum de non evocando conficeret, ubi paucis quam quis privilegiatus recenſeretur, eum in finem, ut controverſiis incidentibus eo recurri queat. Sed hic labor alios monet, largiore otio gaudentes. Nos interea ad Catalogos Domini Kemmerichii *in Diſſ. de Jure de non evocando p.* 20. *ſeqq.* Gryphiandri *de Weichbildis Saxon. cap.* 60. *p m.* 112. *ſeqq.* ſatis equidem mancos, necnon Wehneri *Symphorematis Gylmanniani Tom.* 6. & Schœnwetter. *Catal. Privilegiorum* ſæpius citatum, ablegamus. De Lunigii corpore non dico, ſi enim id ſit ad manus, facili negotio reliquis carere poteris. Interim ne nihil agam, adducam aliqua de

de Imperatoriis, hactenus ignota. Moguntiam, civitatem olim quadantenus liberam, privilegium de non evocando Cæsareum habuisse, nemo hactenus novit, docent vero id *excerpta Veteris libri*, circa finem Seculi XV. Diethero ArchiEpiscopo secunda vice Moguntinæ sedi præsidente, eum in finem confecti, ut ArchiEpiscopatus Jura, ab omni Seculo in civitatem exercita, aprica poneret, eoque ipso evinceret, non teneri Archipræsulem, ut civitatem Imperio, quod tum flagitabatur, restitueret. Dabit illa tibi Probatio VI. unde instrueris, jam 1236. & 1270. postmodum autem 1333. Moguntiæ id genus privilegium contigisse, quod Imperatores reliquos, usque ad Maximilianum I. confirmasse, dubium non est. Wormacensium itidem de non evocando privilegiorum bigam, Probatio VII. & VIII. tibi subministrabunt, Wenceslai & Friderici III. Imperatorum beneficio debitam, quorum priori confirmatio Suantiborii, Ducis Pomeraniæ, Judicis Imperii Aulici, (*) pro Carolo IV. accessit, quam Probat. IX. locum tenere jussimus. Abbatiam itidem Kaysersheimensem ejusmodi privilegio sibi prospexisse, Probatio X. ostendet, omnibus casibus satis obvians. Hanoviensium vero Comitum de non evocando privilegium, (de quo infra pluribus) hucusque à Friderico III. dimanasse creditum, longe antiquius est, & Sigismundo adscribendum, cujus privilegio geminum ferme est illud, quod Maximilianus I. 1494. illis elargitus est. Utrumque legis apud Anonymum Dn. Autorem des vorläuffigen Berichts vom Adel in Teutschland. Neque pluribus nunc quidem nos hanc scenam exornamus, possemus sane innumeris. Non enim fugit rerum Cameralium peritos, quam multa privilegia de non evocando, Imperiali Cameræ judicio insinuata, adhuc lateant, regestis lectoriæ titulorum tenus inscripta, quæ fors magnam partem haberi potuissent. Obstupui sane, cum nuper Wetzflariæ, aliam ob causam, Regesta quæ dixi per-

(*) *Notabis hunc judicem Imperii aulicum, utpote p. 47.* Opusculi de fabula judicii Palatini *cum aliis sponte, & certis ex causis omissum. Addes vero alterum BAconem Falckenburgi, Ducem, sub Carolo IV. Præsidis munere functum, quem Probat. I. deprehendes. Sed de his suo loco!*

percurrerem, atque tum demum supra positam regulam mihi effinxi, non fuisse Statum, non membrum fere Imperii, quod ante Leges Publicas plenum suum vigorem nactas, aut postea Rothwilensis & aliorum adhuc hodie concurrentium Judiciorum causa, privilegio evocationes non averterit.

§. II.

Hujusmodi privilegiis evocari prohibebantur omnes, qui, ut vetere formula utar, dem privilegirten zu vertretten stunden; unde nil opus est, ut cum Gambsio *in Triga privilegiorum Argentinensium supra citata* (ubi à Num. I. usque ad XXIV. circa omnes fere civium & subditorum ordines prolixe desudavit) de singulis soliciti simus: Lapis enim hic lydius, sive de Judæis, sive de Wildfangiis, sive de aliis etiam quæstio sit, nunquam nos aberrare patietur. Cum enim hi hodierno tempore superioritati territoriali haud secus ac alii subditi pareant, nulla idonea dubitandi ratio apparet. Scio, ipsum Ludewigium *ad A. B. Tom.* 1. *p.* 774. hic hæsitare, ubi systema ejus consideranti, in omnia alia eundum videbatur. Verum id nihil ad me. Et hæc quidem obiter. Nunc ad subjectum quod vocant passivum devehor, eos scilicet, qui his privilegiis evocare prohibiti fuerint. Neque vero & hic multum operæ ponendum, cum ipsa indicent privilegia, generaliter omnes qui judicandi potestate à privilegium concedente dependente gaudebant, evocationibus fuisse interclusos. Unde Imperatoria in toto Imperio, Status cujuslibet in ejus territorio vigebant. Apponamus formulam prohibitionis Cæsareæ, quo res clarior fiat: Gebiethen darauf allen und jeden Churfürsten, Fürsten, geistlichen und weltlichen Prælaten, Graffen, Freyen, Herrn, Rittern, Knechten, Hauptleuthen, Landvögten, Vitzdomben, Vögten, Pflegern, Verwesern, Ambtleuthen, Schultheissen, Burgermeistern, Richtern, Räthen, Burgern, Gemeinden und sonderlich Cammer-Richtern und Beysitzern unsers Kayserlichen Cammer-Gerichts rc. Unde facilis subsumtio. Sed confer tamen Carpz. *de Leg. Reg. c.* 9. *Sect.* 4. *p.* 218.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Cui vero ejusmodi privilegia largiri competat, ampla disquisitione non eget, cum nemo in Imperio Germanico evocationes sistere possit, nisi qui omnibus imperat, & cui omnes Jurisdictionem suam debent. Imperatoris ergo est, privilegiis per totum Imperium valituris prospicere. Unde talia semper ab Imperatoria potestate manasse cernimus. Non autem solis immediatis ea ab Imperatore data, mediatis etiam sicut supra Exemplum Nussiæ stitimus, (*) quam tamen Imperii Civitatem, nemo nisi Germanicarum rerum imperitus dixerit. Tandem vero cum Ecclesia Rempublicam in Republica instituisset, adhæc Imperatorum auctoritas ita depressa esset, ut ne in Secularibus quidem satis præsidii præbere crederetur, ni ei fulmen Tarpeja ab arce accederet, non infrequens fuit, evocationes per totum Imperium, aut Confirmationibus, aut novis gratiis Pontificiis propulsare. Notissimum est rerum patriæ nostræ non ignaris, Seculo inprimis XV. in omnibus fere privilegiorum concessionibus ab Imperiali clementia profectis usu venisse, ut quia gladius secularis obtusus credebatur, spiritualis in subsidium vocaretur. Accidit id Juri nundinarum, (**) Juri stapulæ, Juri teloneorum, & quibus non privilegiis, unde de iis, circa quæ nunc occupamur, minus scrupuli. Quinimo frequentes bullæ Pontificiæ, hanc in rem concessæ, omne

(*) *Obiter moneo, cachinnum mereri, si quis, quod tamen valde frequens est, se absque medio Imperatori subjectum, antiquo de non evocando privilegio probare velit. Imperator enim qui secundum supra tradita immediatos æque ac mediatos evocabat, cur non & mediatis privilegia de non evocando concedere potuisset? Imo sunt exempla ubi status aliquis sibi vicinos subditos alterius, evocationibus afflixit, nonne putas hoc in casu privilegium mediatis à Cæsare dari potuisse? Novi ego exempla, quæ alteri loco, alteri tempori servo. Sic nonnunquam bona causa male defenditur!*

(**) *Mirabere inprimis apud* Vogel. in Annal. Lips. p. 87. *à Leone X. nundinas confirmatas; sed mirari desines, si geminam confirmationem Pontificiam Francofurtenses tenere, alibi docuero.*

plane dubium tollunt. Suppeteret Centuria Exemplorum ex Lunigii aliorumque Voluminibus, sed prodeat unicum tantum civitatis Wormatiensis, cui Sixtus V. 1488. privilegium primæ instantiæ conservatorium donavit, cujusque testem Bullam, inedita cum sit, Probatione XI. inspicis. Nunc ad Provincias Germaniæ. In iis potestas Principis eadem aut fors (hodie) plura potest, quam Imperator in Imperio. Unde etiam privilegia de non evocando à Statibus Imperii concessa invenimus, quale etiam in Vulteji *Conf. Marpurg.* l. 16. refertur. Sed hæc in territorio quidem extra illud non valere, quis non videt?

§. IV.

Præterea vero & absque privilegio alii erant modi, queis evocationibus fenestra clausa, antequam Lege publica earum proclivitas inhiberetur. Scilicet pacta Statuum de non evocando mutua, pacta inter Principem & Status suos Provinciales, Magistratum & cives, Lex provincialis, aliaque prospicientia, ne evocationibus locus esset. Adducamus Exempla. Illustre est in Schutzii Chronico Prussiæ *Lib. 4. fol. 55. b. & seqq.* ubi de conventione in Comitiis Provincialibus inita, aliud apud PerIllustrem Dominum Assessorem de Ludolf *in praeclaro Consultationum & Decisionum Forensium opere p.* 238. ubi Episcopus & Nobilitas Herbipolensis ita transigunt: Mehr haben wir uns mit ihn, und sie sich mit uns gütlichen verainigt, und vertragen, daß unser keiner den seinen verstatten soll, dem andern die seinen mit Westphälischen Gerichten fürzunehmen, es were dann, daß einem Ehre und Recht an ordentlichen Gerichten, daran der Antworter gehörte, wissentlich versaget were worden, und welche das überfüren, und darüber solch fürnemen theten, daß sie an Leib und Gut darum gestrafft werden, und kein Fried noch Glaidt haben sollen. Magis autem illustre sistit, Viadum vivebat, singularis eruditionis, Petrus Stockmans Tr. qui *defensio Belgarum contra Evocationes* inscribitur, *p. 248. seqq.* unde potiora excerpemus: Nondum, inquit, ullæ Leges nobis scriptæ erant, cum jam de declinandis peregrinis Judiciis cum vicinis pacisceremur: Soliciti fuimus munire nos adversus externa, priusquam domi Legibus excoleremus nostra. Brabantia, prima & amplissima Belgii regio,

Digitized by Google

gio, vix antiquius monumentum ostentat Legum suarum, quam rudes illas, sed artificiosa simplicitate venerandas tabulas, quas Anno 1312. Johannes Brabantiæ Dux, Cortenbergæ condidit: at integro prope Seculo vetustiora sunt pacta, quæ Henricus Brabantiæ Dux, itidem Princeps, cum Coloniensi præsule pepigit, die 13. Decembr. Anno 1251. *Ne occasione debitorum, conventionum vel pactionum, alter alterius res, vel personas in civitate Coloniensi, vel in terra Ducis, accipere posset, vel arrestare.* Primæ vero illæ, quas dixi, tabulæ, à Duce & Proceribus regionis solemniter juratæ, quæ nobis tanquam Solonis axes, vel Lycurgi Rhetræ religiosæ sunt, nihil studiosius inculcant, quam Jus dicendum esse subditis & incolis, per Judices indigenas, eo loco, ubi forum sortiuntur, & secundum cujusque civitatis Leges: interposita fide de non ferendo aut permittendo, ut quis adversus ea faciat. Ducis Joannis ad Proceres & populum verba sunt: *Sullen alle Lieden vonnisse doen die Recht begheeren, die mannen, oft Schepenen, oft die ghene die daer op schuldigh zyn te vvisenne, alte van dingen, ende ten vonnisse staen.* Item: *Wy sullen handelen die goede liden van onse Steden, naer het recht von elcker Stadt, van alle dinghen, ende daer-en-boven niet vvercken in eenigher Manieren.* Item: *datmen altoos beteren, ende verlichten sal met mede der goeder lieden van onsen Lande.* Denique: *alle desedinghen von poente tot poente gheloven vvy by trouvve, ende zvveren handt ten heylighen, op de heylighe Evangelie voor ons, ende naekomlinghe, vast ende gestadigh te houden, ende te houdene &c.* Quorum vis atque sententia est, *Cunctis Jus postulantibus Judicia reddi faciemus per scabinos, aut eos, quibus judicare incumbit, atque uti secundum proposita negotia forum sortiuntur, nimirum unicuique secundum Jus civitatis suæ, nec adversus hoc faciemus, aut fieri patiemur; & si quid elucidandum, aut mutandum incidet circa Leges, id semper fiet adhibito consilio bonorum virorum hujus regionis. Quæ omnia fide & Iurejurando nostro, tactis Sacrosanctis Evangeliis, promittimus per nos & Successores nostros firma & stabilia fore, atque curaturos, ut ab aliis observentur.* Hæc eadem promissa secuti Principes, ad hanc diem, in Imperii sui auspiciis renovarunt, & Jurejurando fidem suam, populo suo adstrinxerunt. -- Et id quidem sufficiebat hactenus, ne quis indigena distraheretur à foro suo, quamdiu apud patrios lares, & intra fines regionis maneret. Si enim extraneus Judex aut litigator Brabantum

è sedibus suis alio in Jus vocaret, impune poterat non parere vocatus, & spernere Imperium vocantis. Verum si incola peregre profectus, ibi contraxisset, aut bona possideret in alia provincia, vel ibi repertus foret; communi usitatoque interdicto manus injectionis, & immissionis in bonis, quod arrestum dicimus, rapi in Jus Brabantum nihil vetabat, cum autoritas Principis usque eo se non porrigeret, neque dici posset id promisisse, quod præstare in manu ejus non erat. Supererat hæc præterea difficultas, quod cum quædam portio Brabantiæ, Romanum Imperium Jure clientelari tunc agnosceret, non videretur solius Ducis auctoritate plenaria securitas subditis data, quippe quæ derogare nequiret Jurisdictioni, quam Judices Imperiales, ratione feudalis subjectionis in eam regionem sibi ascribere posse videbantur. Ut igitur plenissime, quoad ejus fieri posset, subducerentur Brabanti externis judiciis & evocationibus, duo eximia beneficia eis concessa sunt, quibus tum ab omni Imperialium Judicum potestate exempti essent, tum extra provinciam quoque deprehensi, domum revocandi Jus haberent. Primum quod Bullam Auream vulgo dicimus, à Carolo IV. Romano Imperatore, Joanni Brabantiæ Duci donatum, munerandis officiis & obsequiis decessorum ejus, quibus dubias res Imperii, ope sua & armis, sæpe stabilierunt. Alterum ipsius Ducis, ne ullibi gentium extra propriam regionem Brabantus populari suo diem dicere, aut litem intendere ausit; pœna capitis sancita in eum, qui adversus Legem commiserit. Quæ privilegia ab invicem diversa, perperam à quibusdam confusa & commixta sunt, quem errorem, rerum Brabanticarum non satis gnarus, inter cæteros erravit, Vir alioqui summus P. Peckius *de Jure sistendi c.* 8. Pergit deinde Stockmanns ad promissiones sequiorum Principum subditis suis factas, unde sequentia præcipue huc pertinent: Wenceslaus Brabantiæ Dux, invitatus, ut ait, meritis & officiis Nationis, novam Legem Brabantis dixit, ne deinceps, alter alterum, extra fines regionis in Jus vocaret, pœna ultimi supplicii & amissionis bonorum indicta ei, qui fecerit. -- Eum vero articulum explicatiorem, atque auctiorem deinde repetierunt subsecuti Principes, addito promisso, severitatem pœnæ se nulli unquam moderaturos, & expunctis Exceptionibus paucis, quæ intuitu Ecclesiasticæ Jurisdictionis, initio fuerant admissæ. -- Adeo vero cordi fuit populo Brabantico, ne etiam

etiam Ecclesiasticis evocationibus ad extraneos Judices pertraheretur, ut speciali ac solenni conventione, ad mutuum auxilium primores provinciæ cum populo se obstrinxerint 6. Nov. 1486. ad avertenda Decreta, & mandata omnia, quibus præter morem majorum, incolæ ad Ecclesiastica Judicia vocarentur. Hactenus Stockmannus, bina autem alia huc facientia Exempla evolvere est supra *c.* 2. §. 2. *& Probat*, 2. circa finem. Quid præterea Numburgenses in Juramento civico suis præscripserint, videbis apud Berlich. *Decis. Aur.* 245. ubi hæc verba: Ob ich auch mit irgend einem Bürger zu thun gewinne, daß ich keine fremde noch ausländische Gerichte wolle gebrauchen, sondern ich will mir an höchstgedachten meines gnädigsten Fürsten und Herrn Gerichten, oder dem Rath allhie, an gleich und Recht begnügen lassen.

§. V.

Cum autem hæc omnia sufficere non crederentur, Lex generalis supervenit, evocationes omnes, extra primam Statuum Instantiam, simul ac semel suffocans. Hæc primum Statibus ipsis primam quandam Instantiam Legalem concessit, Austregas nimirum, extra quam evocari, nisi certis in casibus nequeunt. Postea etiam privatis optime consuluit. Prior Lex tantum non omnibus cantata, de posteriori vero, ut proprie hujus loci pauca dicemus. Actum de hac ultima jam Anno 1487. in Comitiis Norimbergensibus, uti B. Dattius *de Pace Publ. lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 182. *p.* 721. atque ex eo B. Mulleri Reichs-Tags-*Theatrum* unter *Friderico III.* sechste Vorstell. *p.* 119. indicant. Tandem vero 1495. in ordinatione Camerali statutum: Item das Cammer-Gericht sol in der ersten Instantz, oder Rechtvertigung auf niemands Clag oder Anforderung Ladung erkennen oder geben gegen den ihenen, die unser Königlich oder Keiserlich Mayestet und dem Reich nit on Mittel unterworffen sein, und doch sonst yren ordenlichen Richter haben: es wär denn Sach, daß er vor denselben ordenlichen andern Gerichten recht ersucht, und kondtlich versagt, oder mit Geverd verzugen were. Und ob yemand soliche Ladung oder Citacion erlangt, solt mit sampt allem Handel darauf gefolgt nulla, und uncrefftig, und der darüber Ladung außprecht, Cost und Schaden, ob die dem Widerteil darauf

gangen weren, abzulegen schuldig sein. (*) Et alio loco: Item ein yeder sol sein Undertanen in sein ordenlichen Gerichten, Rechten, und Oberkeiten, beleiben lassen, und halten, nach ayes yeden Fürstenthumbs, Graveschafft, Herrschafft und Oberkait, löblichem Herkommen und Geprauchungen. (**) Uti vero primus obtutus docet, non omnibus casibus hujusmodi dispositiones sufficere, ita 1512. in *Recessu Imperii* zu Tryer und Cöln cap. von den Gottslesterern §. es sollen auch 13. Sancitum, das ain yeder in dem Gericht, darin er one Mittel gehörig ist, fürgenommen werden sol. (***) Adhæc *Ordinatio Cameralis* de Anno 1555. *Part. 2. tit. 1.* §. erstlich ordnen und setzen wir 1. plenissime disposuit: Erstlich ordnen und setzen wir, daß alle des Heiligen Reichs Verwandte und Unterhanen, bey ihren ordentlichen inländischen Rechten und Gerichten, (ausserhalb der Fäll, die nach laut dieser Ordnung, an das Cammer-Gericht ohne Mittel gehören) gelassen, also daß ein jeder in dem Gericht, darin er ohne Mittel gesessen und gehörig ist, vorgenommen, doch daß nach Ansuchen der Partheyen innerhalb eines Monats das Recht aufgethan, und mit dem Proceß vermög derselben Untergerichts-Ordnung und Gewonheit, und sonst hierin gehalten werde, nach eines jeden

(*) *Apud* Dattium de Pace Publica Lib. 4. c. 7. p. m. 878. & in prima edit. Recessuum Imperii 1527. fol. 19. *Repetitum vero* in O. C. Wormat. 1521. §. 22.

(**) *Apud eundem* Datt. l. c. p. 880. & in eadem edit. Recess. fol. 21. *Recentiores editiones, ad hodiernum loquendi modum corruptas, advocare noluimus.*

(***) *Notabis tamen hac occasione obiter, in antiquis Editionibus* 1527. & 1537. *altera Spiræ, altera Wormatiæ in fol. curata, non legi verba hujus §. recentiorum editionum:* Es were dann das ein yeder recht versagt, *quæ sensum turbant, verum* es were dann das einem recht versagt, *cujus farinæ Sphalmata innumera in posteriores Editiones irrepserunt. Dolendum autem, cum tot habuerit Germania cives, qui antiquorum auctorum Romanorum tantumnon omnes litterarum ductus notarunt emendaruntve, neminem adhucdum fuisse repertum, qui corpori Recessuum operam suam daret.*

Digitized by

jeden Fürstenthums, Grafschafft, Herrschafft und Obrigkeit, löblichen Herkommen und Gebräuchen. Doch sollen daneben alle und jede geistliche und weltliche Obrigkeiten ein gebührlich Einsehens thun und verschaffen, daß die Mißbräuch und Unordnung der weltlichen und geistlichen Gerichten abgestellet, an denselbigen vermög gemeiner Rechten ordentlich und förmlich gehandelt und procediret werde, und je eines das ander bey seinem Proceß und Lauff bleiben lasse, allerhand Unrath, Widerwill, Unwesen, auch Nichtigkeiten der Proceß, so daraus erwachsen, damit vorzukommen. Et quæ sequuntur. Est in eadem *Part.* 2. *tit.* 5. §. 2. alia huc faciens Lex. Ast cum nec hæc omnia complecti viderentur, in *Concepto Ordinationis Cameralis* quod vocant, *Part.* 2. *tit.* 1. & antiqua denuo adducta, & nova adjecta sunt, ne qua privilegio primæ Instantiæ fraus fieri queat. Neque etiam heic Status quieverunt, sed *Capitulationibus* quoque *Imperatoriis*, Jus de non evocando firmari voluerunt, unde Capitulationem *Caroli V. art.* 15. *Ferdinandi I. art.* 14. *Maximiliani II. art.* 15. *Rudolphi II. art.* 14. *Matthiæ art.* 15. *Ferdinandi II. art.* 14. *Ferdinandi III. art.* 17. *Ferdinandi IV. art.* 15. *Leopoldi I. art.* 18. *Josephi art.* 17. *Caroli VI. autem cui Deus vitam & victoriam, art.* 18. *de ea agunt*, Evocationibus Rothwilensibus inprimis & Suevicis, modum imponentes. Quod tamen nostro ævo Capitulationibus inseri vel ideo superfluum est, quia prima Instantia ad eorum haud dubie numerum pertinet, quæ §. 8. *Instrumenti Pacis*, generali Lege Statibus confirmantur.

§. VI.

Ut adeo certum sit, hodie neminem in Germania primæ instantiæ beneficio privari, aut è territorio evocari, nisi quædam judicia ab antiquo habeant certo modo concurrentem Jurisdictionem, quod de Rothwilensi & Suevico Provinciali, supra nos dixisse meminimus. Non ergo amplius evocat Pontifex, ut ab hoc exordium capiamus. Non evocat inquam, in secularibus & Ecclesiasticis apud Protestantes, bene tamen in Ecclesiasticis apud Catholicos. Hi enim largiuntur, ut immediatos statim, mediatos vero in casibus reservatis, & per viam appellationis, Romam evocare queat. Egregium hic se præstat Jo. Petr. de Ludewig *ad A. Bull. Tom.* 1. *p.* 790. & *seqq.* qui magna laboris parte nos liberavit, aliâs enim amplius de

hoc

hoc agendum fuisset. Dum vero de Evocationibus in Germania loquor, semper Germania inferior excipienda, Pontificiis cognitionibus nullum penitus locum relinquens, nisi per delegatos in provincia fiant, id quod tam omnium ætatum observantiæ, quam etiam Romanis privilegiis & concilio Tridentino conforme esse demonstravit Petrus Stockmans in sæpe laudata *Defensione Belgarum* adversus Evocationes & peregrina judicia *c.* 2. 3. & 5. Reliqua quod monui, Germania Catholica, satis habet, Evocationes in secularibus avertisse. Fuit autem ante Recessum Imperii novissimum adhuc modus, quo etiam causæ mere civiles, Romam, aut saltem ad nuncios in Germania residentes devolvi possent, dum scilicet ab officialibus ArchiEpiscoporum & Episcoporum, queis simul Secularis Jurisdictio mandata, eo appellabatur. Verum & huic evocandi generi nervi præcisi dicti *R. I.* §. 164. cujus verba hæc sunt: Als sich dann auch die Stände zum höchsten beschweret, daß in den Ertz- und Stifften, Cöln, Lüttich und Münster, wie auch andern Orthen des Reichs, allerhand Mißbrauch, wegen Vornehmung der Appellationen und Recursen von den Officialibus ad Pontificem und die Nuncios entstehen, indeme man sich derselben fast von allen Urtheilern ohne Unterschied, es betreffe gleich Civil- oder Profan-Sachen bedient, die Jurisdictiones wieder die Ordnung confundirt, die Civil-Sachen ausserhalb des Reichs zu fremden Gerichten gezogen, und die Partheyen, mit Verspielung vieler Zeit und Unkosten umgetrieben werden, daher erfolgt, daß nicht allein viele Mandat-Procesś de cassando entspringen, sondern die Nuncii vielmahl durch Gegen-Mandata cassatoria, den Partheyen die Cammergerichtliche Verbot aufzuheben, bey starcker Geld-Pœn, oder geistlicher Censur anzubefehlen pflegen, und Uns dann Churfürsten und Stände, und der abwesenden Räthe und Gesandten, um Abstellung dergleichen, zu Abbruch und Schmälerung unserer und des Heil. Reichs Hoheit, auch Confusion der Jurisdictionen gereichender unordentlichen nachtheiligen Proceduren, durch bequeme thunliche Mittel, der Gebühr ersuchet. So wollen Wir in Erinnerung, was auch dieser Sachen halber, bereits im Jahr 1548. den 3. Octobris, von Weyl. unserm geliebten Vorfahren am Reich, Kayser Carl dem Fünfften, an die Stände des Reichs vor Rescripta und Mandata de non

evo-

evocando vorgangen, an den Päbstl. Stuhl zu Rom, hierinn die Nothdurfft dahin beweglich gelangen lassen, damit den Nunciis dergleichen ohnzulässiges Verfahren im Reich und über dessen Glieder und Unterthanen mit Ernst verbotten, und fürters nicht mehr gestattet, und da dargegen in etwas attentiret oder gehandelt würde, solches keine Krafft haben, sondern wieder cassirt, aufgehaben, auch insgemein die Evocationes vor fremde Gericht und ausserhalb des Reichs, wie sie dann ohnedas bey unserm Reichs-Hofrath und Cammer-Gericht nicht geachtet, keineswegs zugelassen, auch im übrigen dasjenige, was die Stände wegen der Nunciorum Absolutionen à juramentis, und dergleichen Relaxation in den Gerichten, sie geschehen dann von dem ordentlichen Richter, ad effectum agendi nicht zu attendiren seyn sollen, hierbey erinnert, beobachten. Cum vero ne sic quidem huic malo satis provisum esset, *Josephinæ Capitulat. art.* 18. *&* *Caroli VI. art.* 14. Imperator Statibus promisit, se in eo omni modo futurum, quo imposterum id genus Evocationes cessarent. Solet etiam Camera Imperialis, in transgressores harum Legum serio animadvertere, pœna banni vel alia ad delictum accommoda, uti inprimis declaratio in Bannum Waltheri Caunotte civis Leodiensis documento est, de qua B. Stryckii *Usus Modern. Pandect. Lib.* 49. *tit.* 3. §. 7. B. Ludovici *Consistorial-Procefs*, *c.* 1. §. 25. *p. m.* 13. *seqq.* Illustr. Dn. Bœhmerus, *Jur. Eccles. Protest. Lib.* 1. *tit.* 30. §. 16. 17. 18. Dn. Struv. *Syntagm. Jur. Publ. c.* 26. §. 30. PerIllustris Dn. de Ludolff *Var. Observ. Tom.* 1. *p.* 351. *nec non in Symphorem Camer.* 1. *Relat.* 43. *seqq.* latissime, aliique. Ex his vero facile odorari est, quam graviter Imperator & Status Imperii Evocationes cujuscunque demum generis ferant, si quando Pontifex eas attemptet. Nihilominus tamen Exempla violatarum Legum Imperii, non rara existunt. Nota est causa probationis Nobilitatis, per Appellationem Romam devoluta, cum à Pontifice provisi Nobiles, ob defectum à Capitulo Wormatiensi recipi nollent, de qua Mulz. *Repræs. Majest. Imper. Part.* 2. *c.* 33. *n.* 151. Fritsch. *in Annotat. ad Capitul. Josephi art.* 18. *Lit. F. p.* 96. *seqq.* Henniges *Meditat. ad Capitul.* Josephi §. 18. *p.* 230. & cæteri. Nec minus nota causa Abbatissæ Thorunienfis, ubi in negotio mere feudali, Coloniensis nuncius procedere non dubitavit, de qua lege sis Fabri Staats-Cantzley *Part.* 11. *c.* 2. ubi tandem Pontificios & nunciorum conatus fuisse irritos, eventus docuit.

§. VII.

Nec etiam evocat Imperator Augustissimus, nisi res per Appellationem ad eum devolvatur, aut vero ex causis, de quibus *Cap.* 6. dicetur. Inprimis Status Imperii semper beneficium primæ Instantiæ Austregalis manet. *Capitul. Carolin.* §. 18. Aliud vero nobis tradere annisus est Eruditissimus certe auctor, (Jœcherum Consiliarium Bavaricum auctorem agnoscunt plurimi) der nothwendigen Erinnerung auf die Donawörtische Information *p.* 130. *seqq.* quando ita infit: Gleichwol gesetzt die Relation hätte, wie Informator derselben mit Landkündiger Unwarheit fol. 124. austringt, simpliciter fürgeben, ob solte die Kayserliche Jurisdiction, in allen und jeden Sachen, non obstantibus quibuscunque privilegiis, gegen männiglich, also auch gegen die mittelbaren fundirt seyn, so wäre doch solches nit so gar ungereimt, sondern aus des Infamatoris alten, und vielleicht ältesten teutschen Rechten, (darauf er sich fundiret, auch die Lateinischen Recht dahin corrigiret, und ein Käyserlich Jurisdiction, wie er nur will, fingirt) gezogen, also die Relation sich nur des Infamatoris hochgepriesener teutschen Recht gebraucht hette: Dann in denen alten Kayserl. und Königl. Land- und Lehen-Rechts-Satzungen und Sitten ꝛc. an. 1472. zu Heidelberg und hernach 1505. und an. 1566. durch Sebastian Mechsner, vermuthlich Churpfältzischen Rath, abermals publiciret, findet man, doch citra approbationem multorum præjudicialium, fol. 3. **daß man den König kiese oder wöhle, zum Richter über eigen, und über Lehen, und über jegliches Menschen Leib, und über alles das für in kommt zu klagen.** fol. 6. **über Fürsten Leib, und über ir Gesind, soll niemand Richter seyn, ehe der König.** fol. 9. **Der König gebietet den Hof.** fol. 17. **Der Römisch Käyser ist gemeiner Richter, über jegliches Menschen Kind, und über alle Leib und Gut,** *item* **die erste Händel des Gerichts dem König.** Welches im Römischen Reich, und an dem Ort, da man Jura Imperatoris & Imperii fürnemlich in acht nehmen will, zu jedermanns Nachricht in offenen Druck verfertigt, billig mehr Ansehens und Glaubens haben soll, als was Infamator aus alten verlegenen, unbekandten oder fingirten Briefen mutilatim zusammen

men getragen. Et quæ sequuntur. Novimus tamen, ipsum Augustissimum Imperatorem, id genus ratiociniis, à tempore matris Evandri petitis, non delectari, potius unumquemque suæ instantiæ lubentem relinquere. Ut adeo nunc non inveniantur ejusmodi querelæ, quales Hippolytus à Lapide, (personatus ille rationis Status Germaniæ Scriptor pessimus) *Part. 2. c. 7. p. m. 438. seqq. edit. in 12.* coacervavit. Cessant inquam querelæ, non autem eas tum cum ingeminarentur ratione non caruisse, affirmo. Semper enim hic observandum quod Sluterus *in Hippolytum p. m.* 874. monuit: *Gravamina, quæ vocant, circa hanc quoque materiam emersisse, cum Hippolyto non pugnabo, verum illa Cæsaribus ea responsione excepta sunt, quæ non tantum sibi nihil imputandum ostenderunt, sed si quid vitii hic irrepsisset, emendandum duxerunt.* Et multa sane eo ævo gravaminum in censum relata, quæ talia minime erant. Ad nostra tempora redimus. Licet vero hodiernis moribus de primæ instantiæ beneficio quæstio nulla sit, tamen haud ita pridem Imperatoris circa Evocationes potestas ventilata: Instituerat fiscalis Cæsareus Viennensis adversus insignem JurisConsultum Christianum Thomasium, ante aliquot annos Halæ beate vita functum, Processum Citationis, quem concernentia Conclusa, in Dni. de Moser Reichs-Hofraths-*Conclusis* leguntur; qua occasione factum, ut citatus singulari Deductione probare niteretur, quoad Evocationes, in fiscalinis quoque causis, magis limitatam esse Imperatoris Majestatem, atque fors quisquam opinetur. Cessante vero fiscali, labor alias prælo destinatus, absque ultima lima in scriniis viri remansit, ubi eum lustrandi nobis occasio fuit. Pene tamen obliti essemus alicujus Evocationum Cæsarearum generis, ubi Imperator eos, qui judicio Aulico reservata ad Cameram deducere audent, ad se evocat. Agit de eo *O. C. P. 2. tit. 35. Instr. Pac. art. 5. §. 56. R. I. Noviss. §. 166. Capitul. Ferdin. IV. art. 43. Leopoldi art. 42. Josephi art. 41. Caroli VI. art. 16.* In quibus vero causis ejusmodi Evocationes sive potius Avocationes obtineant, vid. Uffenbach. *de Judicio Aulico c. 10. Subsect. 3.* Mauritius *de Judicio Aulico v. 13. seq.* ab Andler *Jurisprud. Lib. 2. tit. 1. Part. 1.* Henniges *Meditat. ad Capitul. Josephi art. 41.* & sic porro. Sunt vero præterea & alii casus, ubi Recursui ad Cæsarem à Camera locus, de quibus videnda *Happelii*

 Disser-

Dissertatio de Recursu ad Cæsarem vel Comitia, sed non sine Notis PerIllustris Georg. Melchioris de Ludolff *in Append. 2. ad Comment. Systemat. p 105. seqq.* maxime illustris est casus, quando intuitu controversiæ religionem concernentis, inter Romano-Catholicos ac Augustanæ Confessioni addictos, vota paria effecta, *Instr. Pacis art. 5. §. 56.* qui tamen nec ipse spinis caret. Hic Cæsari cum Comitiis decisio servata, magno miserorum litigantium solatio, cum in Comitiis eadem se habituros fata, quæ in Camera passi, jam animo sibi concipere queant. Conf. Henniges *Meditat. ad Instrum. Pac. h. §.* Fuere præterea olim aliqui, qui generaliter Cæsari Avocationes à Camera Imperiali pro lubitu asserere studuerunt, inter quos Berlich. *Decis.* 158. cui tamen præter alios satisfecit Limnæus *Jur. Publ. Lib. 9. c. 2. n. 72.* Nec hodie de eo disputatur.

§. VIII.

ArchiEpiscopi, Episcopi reliquive Principes Ecclesiastici & Seculares, Imperatoris Exemplo & Legibus Publicis satis cohibentur. Interim nondum viginti anni effluxere, ex quo Evocationes officialis Coloniensis, qui tam Leodienses quam Monasterienses subditos, Appellatione in causis mere civilibus ab officialibus ad se facta, evocare solebat, adhuc toleratæ. Lubet rem alias notissimam, verbis PerIllustris Dn. Assessoris de Ludolff (*) efferre. *Appellationes,* inquit, *ab officialibus Leodiensi & Monasteriensi ad Coloniensem Metropoliticum, ante Visitationem novissimam Cameræ Imperialis toleratæ fuerunt, usu magis, quam ad Legum Imperii sensum. Est enim Coloniensis officialis in causis Ecclesiasticis saltem superior, non vero in civilibus, licet ipse in ArchiEpiscopatu Coloniensi, Civilem quoque exerceat Jurisdictionem. Post Recessum Visitationis, cum Edicta Imperatoria anno* 1710. *publicata fuissent,* (**) *irrita habita fuit omnis ista Appellatio, sæpius quidem tentata, sed*

(*) Variar. Observat. forens. Tom. I. Obs. 110. p. 308.

(**) *Vid. Ejusd. Comment. Systemat. de Jure Camerali Edit. noviss. Append. p. 80. seqq. Corp. Juris Cameralis n. 497. p. 949. seqq.*

Digitized by Google

sed cum damno & sumtuum, & ipsius causa, sententia prioris Judicis Leodiensis vel Monasteriensis, habita fuit pro re judicata. Hucusque Vir laude nostra major, qui itidem Dissertationem de Jurisdictione officialium in causis civilibus, speciatim de Recursu ad officialem Metropolitanum Coloniensem, ab officiali Leodiensi & Monasteriensi anno 1724. conscriptam, eidem Tractatui supra adducto, *p.* 309. *seqq.* inseruit, ubi *p.* 361. & 379. *seqq.* inprimis Exempla referuntur, satis indicantia, quam mascule Camera Imperialis auctoritatem suam, diversis vicibus, contra Principem Electorem, ArchiEpiscopum Coloniensem, ejusque officialem defenderit. Interim negare non possumus, necdum penitus officialem Coloniensem, Jurisdictioni suæ nuncium misisse. Attamen cum statim, utprimum tale quid tentatur, fiscalis Cæsareus, ob violatam Jurisdictionem Imperii plerumque *Mandatum inhibitorium de non contraveniendo Constitutionibus Imperii, de desistendo & inposterum non amplius fovendo illicitum recursum S. C. una cum citatione ad videndum se incidisse & declarari in pœnam violatæ Jurisdictionis & Constitutionum Imperii* impetrare soleat, minime dubitandum, fore, ut evocandi ad Coloniensem officialem pruritus, aliquando sit cessaturus. Adde hic, quem supra laudavi, PerIllustr. Dn. de Ludolff *de Jure Camerali Comment. Syst. Sect.* 1. §. 6. *p.* 59. *seqq.* & Bocken *ad Blumium tit.* 25. §. 16. *seqq.*

§. IX.

Reliqui Status & membra Imperii & ipsi Legibus Cæsareis lubentem morem gerunt, Evocationibus abstinentes. Neque id tantum omnes Status observant extra Provincias, in ipsis quoque Provinciis suis, ab instantiis antiquitus constitutis, non facile evocant. Distinguendum tamen hic fortassis inter delegatas & patrimoniales Jurisdictiones. Supra diximus, olim aliud obtinuisse, unde Statibus provincialibus necessum fuit, Privilegia adversus hujusmodi Evocationes impetrare, cujusmodi Leges singulares inprimis Belgium novit. Hodie vero aliis moribus vivimus. Non vero id in Germania tantum, obtinet etiam in vicinis regionibus, ut evocare Statuum Provincialium subditos, Domino omnium supremo integrum non sit. De Belgio Hispanico, fœderato & Galliæ regno testes cieo

Voetium *ff. de Judiciis* §. 140. *Tom.* 1. *Commentar. p.* 364. Grœnewegen *de Legibus abrogatis ad L.* 58. *π. de Judiciis p.* 98. *eund. Novell.* 53. *p.* 15. Simonem van Leeuwen *Censur. forens. Part.* 2. *Lib.* 1. *c.* 22. *n.* 23. *seqq.* & *Lib.* 2. *cap.* 1. *p.* 149. Christinæum *Decis. Cur. Belg. Vol.* 1. *Decis.* 259. *n.* 7. *seqq.* Itidem *Vol.* 5. *Decis.* 224 qui omnes evocationes iis in locis prohibitas adstruunt. De Germania vero nostra testis est exceptione major, V. L. à Seckendorff Teutsch. Fürsten-Staat, *Part.* 2. *c.* 9. §. 9. *n.* 2. *p. m* 253. cujus verba hæc lego: Pfleget der Landesherr dem Herkommen nach denen Unter-Gerichten, sowol auch denen die er selbsten nach und unter die Regierung bestellt, keinen Eingriff zu thun, daß er etwa die Partheyen und Sachen, die vorerst vor solchen Gerichts-Stellen erscheinen müssen, darzu dann eines jeden Gerichts verpflichtete Unterthanen, oder die sich darunter aufhalten, verbunden sind, etwan abfordern, oder mit Ubergehung der ordentlichen Unter Obrigkeit, solche für seine Räthe, noch weniger aber eines andern Unter-Gerichts Erkantnuß, ziehen lassen wolte, sondern es werden die dahin gehörige Personen und Sachen in erster Instantz oder Klage allda gelassen, und dahin gewiesen, auch die sich muthwilliger Weise davon entziehen wolten, mit Straffen dazu angehalten, sintemal die Billigkeit erfordert, daß eines jeden Gerichtbarkeit und Respect über seine Unterthanen erhalten werde, kan auch der Lands-Fürst ohne Hülffe und Unter-Aufsicht solcher Gerichts-Herrn nicht alles bestreiten, und geschehe den Leuten selbsten zuwied und wehe, wann sie alsbalden von ihrem ordentlichen Richter, den sie in der Nähe haben, und offt mit geringen Kosten entschieden werden können, an die Lands-Fürstliche hohe Gerichte ohne Noth gezogen würden. Fovet eandem sententiam Carpzovius *Proc. Jur. Civil. tit.* 2. §. 2. *n.* 124. *seqq.* & *tit.* 7. *n.* 37. Ludolphus Hugo *de Statu Reg. German. cap.* 4. §. 40. Hert. *de Consultat. Legib. & Judic. Special. Rerumpubl.* §. 22. Ziegler. *de Jur. Majest. Lib.* 1. *c.* 29. §. 11. *seqq.* Frantzk. *Lib.* 2. *Resol.* 18. Illustr. Dn. Heinecc. *de Jurisd. Patrim.* §. 22. Suevus *de Avocat. causar. c.* 3 §. 10. Martini *Comment. ad Ord. Process. Saxon. tit.* 11. §. 2. *n.* 106. *seqq. p.* 605. *seqq.* Illustr. Dn. Bœhmer. *Jur. Publ. Univers. p.* 512. *seqq.* Ego singularum regionum mores præcipue inspiciendos suaderem, cum fortassis nonnullis in terris obtinere possit, ut privilegium primæ instantiæ non adeo observetur, neque id injuria, consuetudine quippe,

Digitized by Google

pe, omnium Domina, ita volente. Regulariter tantum prima instantia intacta manet. Quia vero sæpius mali consultores hanc observantiam migrare possent, specialibus privilegiis de non evocando tam integræ Provinciæ, quam etiam Status singuli Principi cuidam subjecti sibi prospexerunt, uti de Silesia testatur Goldastus *de regno Bohem. c.* 14. *n.* 4. *p.* 540. de Numburgo autem Misniæ civitate aliisque Berlich *Decis. Aur.* 245. Carpz. 2. *Resp.* 29. *& Decis.* 31. Consil. Marpurg. *Vol.* 1. *Conf.* 16. & Schilter. *ff. de judiciis* §. 32. Possem plura Exempla in medium afferre, ubi subditi id genus privilegia impetrarunt, sed ne longior sim, hic pedem figo. Interim id præterire nequeo, licet Lex de non evocando, ut dixi, generaliter observetur, licet etiam privilegiis insuper prospectum sit, non tamen ita Principem suæ Jurisdictioni renunciasse censeri, ut vel Evocationibus vel avocationibus in casu necessitatis se abdicaverit, ut postea latius, & ad mores hodiernos accommodè, dicetur.

§. X.

Quem in modum vero hodie se habeant *Evocationes Judiciorum Imperii summorum Aulici & Cameralis* ex iis quæ supra de Imperatore tradidimus, maximam partem intelligetur. Interim inficias ire non possumus, evocare licere in prima etiam instantia eos, qui privilegio gaudent, ut coram nullo alio quam Imperatore conveniantur, licet alias Domino territoriali subjecti sint. Dantur sane hujusmodi Exempla. Et videre est aliquod Abbatis Schœnthalensis, subditi alioqui Moguntini, qui tamen ex privilegio, nullibi nisi coram Cæsare & Camera conveniri poterat apud Rutger. Ruland. *de Commissar. Part.* 4. *Lib.* 7. *O.* 2. §. 4. Hildesiam quoque simili privilegio gaudere refert à Bœckellen *in Dissert. de prima mediatorum Instantia cap.* 1. §. 9. ubi adjicit, quoad ejusmodi privilegiatam coram Cæsare primam instantiam, hanc civitatem pro se in possessorio sententiam de an. 1680. mens. Februar. Spiræ obtinuisse. Neque insipidum est, quod idem *l. c.* infert, nisi hoc fieri posset, non apparere, quo tendat Disputatio Juris Cameralis Doctorum, an istiusmodi privilegiatus, qui ex privilegio Cæsaris, nullibi nisi in Camera conveniendus, si pignoret, vel

vel pignoretur, habendus sit quoad Constitutionem de pignorationibus pro immediato, eique & contra eum Processus decerni debeant, de quo vid. Blum. *Processſ. Cameral. tit. 32. n. 5.* Quid vero sibi velit hoc Privilegium, quod nonnemini concessum fuisse Happelius *de Recurſ. ad Cæſ. v. 12.* memorat, daß er weder vor dem Kayserl. Reichs-Hofrath, Cammer-Gericht noch einigen andern Gerichten, es wäre dann daß er von Kayserl. Majestät besonders beruffen würde, zu stehen schuldig seyn solle, alii judicent. Nos, cum integrum privilegium non inspexerimus, nihil definimus.

§. XI.

Hucusque de Evocationibus civilibus, nunc ad Criminales accedere juvat. Antiquissimi Juris est, ibi crimina judicari debere, ubi admissa, nec ipsa tamen Exceptione carens (*ſupr. c. 1. §. 5.*) Servavit id dudum & Ecclesia, & Respublica, in omnibus fere Europæ partibus, ostendente Petro Stockmans *Defenſ. Belgar. adverſus Evocationes cap. 4. per tot.* Servat etiamnum Germania nostra, ita tamen, ut reorum remissiones potius favoris sint, quam necessitatis. Docet id Practicorum Lux Carpzovius, *Pract. Rer. Criminal. qu. 110. n. 47. ſeqq.* cui addendi erunt omnes, qui ad titulum *ff. de Judiciis* commentati sunt. Sed quantus numerus! Quinetiam remissione concessa, reversales dantur, illam remittendi ejusque Jurisdictioni fraudi non fore, atque eveniente casu eum eadem humanitate gavisurum. Interim nonnulli casus sunt, ubi necessitatis esse remissiones ajunt. (1.) Si judices eidem Principi sint subjecti, Farinac. *Pr. Crimin. qu. 7. n. 29.* (quod tamen iterum in casu patrimonialis Jurisdictionis vix admittendum) (2.) Si fiat ad Confrontationem. Brunnem. *Processſ. Inquiſit. c. 3. n. 7.* (quod tamen minimum in Membris Imperii minoribus verum non erit, quid enim agas, si requisitus Status potentior remittere nolit) (3.) Si inquisitio contra delinquentem fuerit formata, & hic post sententiam publicatam aufugerit. Brunnem. *ad L. fin. ff. de Jurisdict. n. 5.* (quamvis hoc ultimo casu remittendi necessitatem non tam operetur sententia, quam præventio, & realis personæ deprehensio, quæ à Judice commissi delicti jam antea facta.)

Imo

no & ſecundum caſum in praxi non ſemper obſervari dictum eſt in
: *M. ff. h. t.* §. 17. Vid. B. Ziegler. *Diſſ. de remiſſione delinquentium ad*
:um delicti. Expono hæc verbis Strykii *ad Lauterbachii Compend. ff.*
. *de Judiciis voc. Neceſſitatis.* Neque plura cumulo, cum Mylius,
tem recens imprimi curavi, reliqua pro me ediſſerat. Interim ſen-
ıtiæ Strykii ea inprimis addi velim, quæ Simon à Leeuwen *Cenſur.*
rens. Part. 2. lib. 2. c. 1. n. 9. ſeqq. protulit, ubi Belgium iisdem cum
ermania moribus regi adjicit, ut nimirum & ibi remiſſiones urbani-
is ſint, non neceſſitatis. Videri etiam poterit Dn. Kemmerich ſæ-
laud. *Diſſert. de Iure de non evocando* §. 22.

§. XII.

Quando vero generali Lege ſublatas evocationes dicimus,
ando etiam Exemplis probamus, neminem ferme, paucis tantum
cialibus caſibus exceptis hodie evocare, fortaſſis nonnemo dubitare
let, num hoc ſemel admiſſo, privilegia de non evocando, alicu-
ſint uſus? Profecto nomen privilegii non mereri noſtrum, Gui-
mus Antonii de Freundeberg, *in Tr. Corollar. ex Vario Jure p. 27.*
tea Rumelinus (& alii) *ad A. B. Part. 2. Diſſ. 1.* §. 2. & Carpz. *de pri-*
giis Electorum & Ducum Saxoniæ de non appellando c. 11. §. 2. fatus
quem ultimum jam laudatus Dn. Kemmerich *cit. loc.* §. 13. (non
ɔ uti hic nobis propinat B. L. B. de Lyncker *ad A. B. c. 11.*) & plures
ſequuntur. Ego, ſi id de omnibus omnino privilegiis ejusmodi
ruatur, contra puto. Uter noſtrum rectius, Lector, Vir bo-
, arbitrabitur. Nitor ſane Legibus Imperii Publicis. Revoco in
noriam, quam ſolicite *Capitulatio Joſephina* §. 17. *Carolina* vero
8. inculcent: Wir wollen auch die Churfürſten, Fürſten, Præla-
Grafen, Herrn, und andere Stände des Reichs, (die unmittel-
Reichs-Ritterſchafft mitbegriffen) und dero allerſeiths Unterthanen
leich, mit rechtlicher oder gütlicher Tagleiſtung von ihren ordentlichen
)ten nit dringen, erfordern oder vorbeſcheiden; ſondern einen jeden
einer Immedietæt, Privilegiis de non appellando & NB. *evocan-*
ſo in Civil- als Criminal-Sachen genau beobachten laſſen. Non
neceſſum erat, ut quod nil erat confirmaretur, aut vero denuo
evocandi privilegiorum obſervatio promitteretur, ſi nil præter

Leges Publicas darent, quæ §. 1. jamjam confirmatæ cernuntur. Nisi tu fors Electores, imo ipsum Imperatorem non necessariis repetitionibus usos nobis persuadere velis, quod nec de privatis existimare, & ratio, & notissimæ de interpretatione Leges sinunt. Sed majora adhuc audi. Ejusdem *Carolina* §. 18. (qui *R. I.* 1654. §. 116. explicat) in hanc sententiam pergitur: In Ertheilung aber der jetztgemeldten Privilegiorum de non appellando, *non evocando*, Electionis fori, und dergleichen, welche NB. zu Ausschließ- und Beschrenckung des Heil. Reichs *Jurisdiction*, oder der Stände alteren *privilegien* oder sonsten zu *Præjuditz* eines *tertii* ausrinnen können, sollen und wollen wir die Nothdurfft väterlich beobachten, und nach Inhalt des Reichs-Abschieds de Anno 1654. mit Concession der Privilegien erster Instantz oder sonderbarer Austräge, auf diejenige, welche dieselbe bißhero nicht gehabt, oder hergebracht, fürters an uns halten. Vides ergo privilegia de non evocando pinguiora esse Legibus primæ instantiæ fundaminibus. Nec est quod dicas, de Rothwilensi aut Suevico Judiciis hic sermonem haberi, ne his Jurisdictio sua in eos so dergleichen (Privilegia) nicht gehabt coarctetur, cum scias, ea Electores & Status vel maxime aversari, tantum abest, ut concurrentem eorum Jurisdictionem, Lege Publica conservare satagant. Transibis ergo fortassis mecum in partes Schilteri, qui *Exercit. ad π. XIII.* §. 32. hunc in modum disserit: *Cum quis plura habere possit fora, puta plura domicilia & forum rei sitæ in causis realibus, domicilii & contractus in personalibus, itemque domicilii & delicti*, (adderem etiam *arresti*) *penes actorem est, utrum in quolibet negotio eligere velit, quod reum sequi oportet: Nisi gaudeat privilegio & Jure de non evocando se è foro domicilii, & habitationis in actu secundo. Quo Jure fruuntur personæ miserabiles, de quo antea. Item Status ac cives Imperii contra exteros, cives Noribergenses & Magdeburgenses, aliique.* Latius sua perorat Schilterus, nos vero sequenti capite ejus sententiam & probabimus, & extendemus, & illustrabimus. Id modo notandum erat, si hodie concedatur de non evocando privilegium, nisi id expressis verbis ad judicia, cumulativam Jurisdictionem exercentia directum sit, longe plura atque primam instantiam eo tributa intelligi, cum hæc jam Juris communis sit, privilegium vero semper aliquid tribuat ultra Jus commune. In antiquis vero, ante Legem de prima instantia latam emanatis, distinctione

ctione opus. Aut enim verba eorum indicant, non pinguius Jus atque primam instantiam solam Imperatorem largiri voluisse, & tunc res confecta est, atque post Legem generalem fixam, nullius usus esse merito dicuntur; aut vero eo verborum tenore concepta sunt, ut latius patuisse Imperatoris voluntatem elucescat, & tum verissimam credo Schilterianam assertionem. Refero vero inprimis ad ultimam hanc Classem privilegia generalissimis verbis autentia, quæ non tantum ad casum primæ instantiæ, sed omnes omnino ubi evocationibus locus esse potest, spectare, certus existo. Scio non defuturos qui contradicant. Hi vero cogitent, non posse non eorum usum restare, quamdiu tenor id sonat, Leges adhæc Publicæ, & frequentes eorum Confirmationes aliud credere non sinunt. Id quod distinctius exponendum, atque tam de Novis Concessionibus quam de antiquis Generalissimis verba facienda, de reliquis enim quæ speciali, & omnes casus tangente Explicatione defunguntur, tantam litem non fore, censeo.

CAPUT IV.

De vi privilegiorum de non Evocando ultra concessionem Legum primam instantiam stabilientium, deque interpretatione, Concursu, & cessatione eorum in specie.

SUMMARIA.

1. *Vis privilegii de non evocando hodierna in genere.*
2. *Privilegium nostrum eximit* (1.) *à foro rei sitæ.*
3. *Privilegiatus* (2.) *eximitur à foro domicilii ubi actu non habitat.* (3.) *Eximitur à foro Contractus.*
4. (4.) *A foro delicti.*
5. (5.) *Privilegium liberat à foro arresti.*

6. (6.) *Vi privilegiorum ipsi Status in causis propriis prima gaudent instantia coram seipsis.*
7. *Abusus privilegiorum de non evocando, ubi de Bulla Brabantina.*
8. *Privilegiatus actor se non subducere potest reconventioni.*
9. *De Interpretatione privilegiorum de non evocando.*
10. *De Interpretatione usuali. An qui habet privilegium de non appellando, eo ipso quoque ab evocationibus tutus?*
11. *De Conservatione privilegii.*
12. *De limitatione & cessatione privilegii totali.*

§. I.

Recte de Effectu Exceptionis id genus privilegii de non evocando Schilterus *l. c. p.* 270. ita pergit: *Verificatur hæc Exceptio primo in causis realibus, ut privilegiatus de non evocando, conventus in foro rei sitæ extraneo tutus sit declinatoria domum revocans, veluti pupillus, vidua. Sed & si (2.) plura quæsivit domicilia, non evocandus ex eo, ubi de præsenti actu habitat. An pariter etiam, (3.) si privilegiatus in foro Contractus convenitur? Negarunt id Scabini Lipsienses, Carpz. 2. Resp. 29. quod hoc forum sit speciale, igitur ad privilegium non pertinere: Sed ex natura rei competere. Verum enimvero, nisi in facto & tenore privilegii quid obstet, quantum ad thesin ipsam, non apparet ratio diversitatis, hujus & prioris casus. Neque credo tam speciale forum esse forum Contractus, quam plurium domiciliorum, quum illud frequentius oppido contingere soleat, quam hoc acquiri, atque difficile sit, posse quem duobus locis habere domicilium. L. 27. §. 2. ff. ad municipal. Denique ex natura rei etiam reliquæ species competunt: Quare nullus tandem relinqueretur effectus privilegii, aut alia & solida differentiæ ratio danda, quam cupio addiscere. Certe quantum (4.) ad forum delicti, quod etiam ex natura rei competit, declinari id posse à privilegiato, solide demonstrat* Vultejus *dict. Conf. Marpurg. Vol.* 1. 16. Verum non solus est Schilterus, cui hæc mens hæret, referre ei consentientes licet Joh. Monachum *Pr. Iudiciaria Part. 2. tit. de Jure revocandi domum in præfat.* & Oswald. Hilliger. *Donelli Enucleati lib. 17. cap. 13. Lit. E.* ubi privilegium de non evocando, quod ipsi *Jus revocandi domum* vocant, atque quibusdam civitatibus Imperialibus datum asserunt, toties opponi posse affirmant,

quo-

quoties quis alibi quam in domicilio conventus sit. Ex horum ergo sententia (5.) non injuria privilegiatus etiam se eximet *à foro arresti* aliisque, quæ alias competunt. Imo ut & ego aliquid addam, Domini territoriales, queis potissimum in proprios, deinde in subditorum suorum etiam usus talia privilegia concessa sunt, (6.) summo mihi Jure agere videntur, quando in causis eorum personas vel res concernentibus, ab aliquo privato conventi, privilegium primæ hujus instantiæ eum in finem opponunt, ut coram se primum experiatur actor, quod tamen usquequaque verum esse asserere nolim, sed verba privilegii potissimum inspicienda suadeo.

§. II.

Primo itaque loco occurrit, quam adversus evocationes Judicis *rei sitæ* privilegium tutum præstet, alio in loco domicilium habentem. Et nos quidem adstruimus, nisi nominatim aliud dicatur, eo semper intelligendum privilegium, ut Judici rei sitæ in Dominum ejus privilegiatum, alibi domicilium habentem, nil Juris sit. Id quod demonstrandum erat. Ab Electoribus itaque generali privilegio in *Aurea Bulla Tit.* 11. munitis ut ordiamur, *eorum subditos, vel eorum aliquem seu aliquos, ad cujuscunque instantiam, seu ad cujuscunque tribunal, pro quacunque causa criminali, civili vel mixta, seu quocunque negotio*, extra territorium vocari non debere, inaudimus, ut adeo ob verborum generalitatem, de actionibus realibus quæstio non sit. De *Brabantinis* subditis itidem dubietas non est super, cum à Carolo IV. privilegii *Aurea Bulla* muniti largitore, *in quibuscunque causis civilibus*, criminalibus, realibus *aut personalibus, res, vitam contingentibus, vel honorem*, (*) ab evocationibus liberi esse jubeantur. Is ipse etiam privilegii auctor Brabantos nihilosecius in realibus evocationibus vexantem Leodiensem Episcopum, 2. Non. April. 1354. solemni sententia coercuit. Conferri meretur Petri Stockmans *Defensio Belgarum adversus*

(*) *Extat Bulla Aurea Brabantina ap.* Schœnwetter. privil. de non appell. p. 657. seqq. Lunig Reichs-Archiv Part. Spec. Contin. 1. unter Niederland p. 111. Thulemar. de Bullis in calce. Limnæum, Oldenburgerum, Butkensium &c.

versus evocationes, p. 250. In reliqua itidem privilegia intuenti semper occurret, *data ea esse adversus quæcunque Judicia & ad cujuscunque generis causas*, unde facile de realibus Judicium, quæ pars reliquarum sunt. Quam etiam mentem summo Principi, si nil aliud dicatur, Voet. *ad ff. de Judiciis* §. 142. concedit. Quoties vero hic Imperatoris sensus non fuit, tunc restrictionem etiam statim additam cernimus. Exceptio ergo firmabit regulam, in casibus non exceptis. Sed non est quare ad Conjecturas confugiamus, plerumque enim reales actiones, ubi Imperator ipse privilegium suum majoris claritatis causa explicat, nominatim expressæ sunt. Sic in primo Francofurtensi privilegio de An. 1291. Rudolphus I. Rex: *Volumus etiam, quod nullus vos, vel vestrum aliquem*, pro ullis bonis vel debitis, *extra dictam civitatem Franckenfurt citare possit*, id quod reliqui Imperatores secuti sunt. Facillimum nobis esset, vel millena Exempla conducere, ubi aut generalissima verba adhibita, aut plane si explicatio accessit, realium in specie facta mentio. Nil vero ad faciendam asserto meo fidem magis accommodum, atque Sigismundi Imperatoris privilegium 1428. patriæ meæ Francofurto clementissime concessum, atque in nova privilegiorum edit. p. 271. reperiendum, quod in capite declarat, Fridbergense castrum atque nonnullos alios, (haud dubie communem existimationem secutos) censuisse, wie das sy von unsern Vorfaren, Römischen Keisern und Künigen seliger Gedachtnus, und ouch von Uns begnadet und gefryet sin, daß sy nyrgend zu rehte steen sullen, sie sin dan zuvor vor dem Gerichte in der Burge Friedeberg, und anderswo, wo der ygliche dahenym sin, uß erfordert, by verluste nemlicher Pene, nach Innehalte solicher Brieve die sie dorüber haben, solicher Gnade und Fryheit halben sie meynen nicht pflichtig oder schuldig zu sin, zu rehte und zu Ußtrage zu komen, vor unserm und des Richs Gericht zu Frankenfurd, von inpflichtiger liegender Gütere, eigens oder Erbes wegen, bynnen unser Stad zu Frankenfurd, und der Termeny daselbs, noch ouch von Schulde wegen &c. Verum Imperatorem considerantem, alias, (extra casum videlicet impetrati privilegii) Juris communis ein gemein Recht esse, ut ibi actione reali decertetur ubi res sita est, pro conservatione Judicii Imperialis Francofurtensis statuisse, ut hoc Judicium possit debeatque etiam adversus privilegiatos, Gericht und

Recht

Recht helffen, eynem iglichen so sich des gebüret, und sie dorumb ersucht werden, eigen, Erbe, liegende Güter, bynnen unser und des Richs Stad Frankenfurd, und der Termeny daselbs gelegen antreffende, und ouch Sache oder Verhandelunge, die sich daselbs zu Frankenfurd gemacht hetten, und Schulde, die sich da geborten zu bezalen anrorende ungeferlich und sich daran nit lassen hindern oder irren eynigerley soliche Gnade, Fryheite oder Pene, in dheine Weiß. Exceptio ergo ex singulari gratia Francofurtensibus solis concessa, Regulam in casibus non exceptis firmabit. Possem communes regulas, beneficia Principum largissime esse interpretanda, omne qui dicat nihil excludere censeri, verba generaliter elata sic etiam esse capienda & reliquas hujusmodi in subsidium vocare, si ulli crederem dubium fore, excludere nostra privilegia etiam actiones reales, nisi aliud sit dictum. Dissentiunt equidem Berlich. *Decis. Aurear.* 245. *p. m.* 389. Mevius *Part.* 3. *Decis.* 118. *& ad Jus Lubec. Lib.* 5. *tit.* 3. *art.* 5. *n.* 7. ab Andler *Jurisprud. Lib.* 2. *tit.* 5. *n.* 16. *seq.* Verum si rationes dissensus consideres, eo tandem omnes recurrunt, concedentem privilegium personis saltem datum, ad forum rei sitæ extendere noluisse, difficilem fore executionem, si nolit rei sitæ Judex exequi, & si quæ plura in hanc sententiam. Sed facilis est responsio. Circulus enim ab adversariis committitur, dum eo sua probant, quod in quæstione erat, cum nos in hoc ipso cardinem quæstionis verti dicamus, annon princeps privilegio suo, personæ in realibus consultum voluerit? Profecto si ad personalia tantum traheretur, nil daret, quam quod jam quisque ex generali habet Lege. Ad executionem vero quod attinet, judici ne inferiori permittendum erit, ejus Executionem defugere, quod summus Princeps statuit?

§. III.

Postea privilegium de non evocando (z.) etiam hoc præstat, *ut diversis utens domiciliis non extrahatur ab eo, ubi actu habitat.* Intelligitur id partim ex iis, quæ paulo ante de generalitate verborum diximus, partim etiam aliunde. Profecto semper mentio fit derer Gerichten, darinnen ein jeder gesessen ist, quæ formula omnium privilegiorum fere communis apparet. Attamen, quia fortassis aliquis

hic

hic tricari posset, addam formulam libertatum Episcopatus Argentinensis, Carolo IV. debitam, ex qua, quia omnia distinctius explicat, reliquis facem inferre non difficile erit. Legis illud privilegium apud Lunig. Reichs-*Archiv Part. Special. Continuat.* unter dem Hochstifft Straßburg *p.* 297. & in Schœnwetteri *privilegiis de non appellando p.* 820. *seqq.* ubi verba hunc in modum sonant: Undt daß auch niemand derselben Kirch und Bisthums Leut für andere Gericht, durch keinerley Sachen willen, die den Leib, Ehr und Gut berürent, ußwendig den Gerichten, Stätten, Märckten, Dörffern, Burgen, Herrschafften, Gebieten und Zugehörungen, der ehegenanten Kirchen und Bisthums zu Straßburg laden, oder für Gericht bringen oder treiben sol oder gebüten, nur allein für solche Richter der ehgenanten Kirchen und Bisthums zu Straßburg, under den Gerichten, da solche Leut wonhafft und gesessen sein, und was Urteil dieselben Richter sprechen, finden oder teilen, die sollen in iren Kräfften gäntzlich und alwegen bleiben. Notabis verba wonhafft und gesessen, ut de eo tantum domicilio necessario explicatio facienda, ubi quis gesessen, sive ut distinctius efferam, ubi actum habitandi exercet. Facillimum foret plura addere, sed (3.) ad *forum contractus* propero. Supra dixi, nec hoc exemtioni, privilegiorum de non evocando beneficio quæsitæ, deliquium creare, sed id neminem gratis crediturum novi. Adducerem consentientem Ludewigium *ad A. Bull, Tom.* 1. *p.* 783. siquidem is non alium casum præsupponeret, necminus ego Lectorem hujus auctoritati assurrecturum, certus forem. Provoco ergo potius ad verba privilegii Francofurtensis, §. *præced.* adducti, ubi in vim privilegii tribuitur, ut adversus non evocandi gratiam, Friedbergensibus concessam, Francofurtenses de debitis & Contractibus apud se contractis celebratis, cognoscere queant. Sane si id Juris communis fuisset, ut privilegiatus deprehensus in foro Contractus Judicio sisti necessum habuisset, privilegio nil opus erat. Fruebatur potius hic privilegio revocandi domum, id quod plurima in aprico ponunt. Inprimis vero notabis verba privilegii Oppenheimensis, à Carolo IV. 1349. editi, ubi postquam in antecedentibus (nisi fors alius sit sensus, cum sphalmata typographica omnia turbaverint) adversus forum contractus nominatim providerat, tandem subjicit: *Ut nulla omnino persona, castrensem castri in Oppenheim, seu hominem quempiam vel oppidanum oppidi ejusdem,*

dem, occasione duelli, quod kempffen *vulgo dicitur, extra ipsum oppidum valeat raptare,* NB. *nullusque oppidanus extra ipsum oppidum super quacunque causa trahi possit ad judicium cujuscunque judicis secularis.* Certe 1527. Senatum Argentinensem in ea fuisse sententia, privilegia sua obstare, quominus Francofurti ex Contractu, haud dubie ibi celebrato, civium suorum aliquis conveniri posset, Probatio XII. indicio est, unde minimum hoc concludes, nostram mentem tum pro Jure communi habitam fuisse. Quinimo ut argumentum omni Exceptione majus proferam, Fridericus III. an. 1465. *in privilegio Francofurtensi de arrestis privil. p.* 317. & apud Lunig. Reichs-*Archiv. Part. Spec. Contin. I.* 1. Theil *p.* 626. ipse fatetur, privilegiatis Jus fuisse, daß sie in crafft solcher Freyheiten, vor unsern und des Reichs Stattgericht zu Franckfurt so sy die jren oder ir Gutte von inpflichtiger Güttere, eygen, Erbe, in irer Statt und Termeney gelegen, auch Gelt-Schulden Verpflichtung Handlung und ander Sachen wegen so sich von ein oder außlendigen Personen in der gemelten Statt und Termeney begeben oder sust daselbs mit yrem Leib oder Gutte, bestretten, verhefft, und angesprochen werden, zu recht zu steen, und zu antworten nicht schuldig sein sollen, nisi (1.) Jus suum Francofurti in usum deduxissent, aut (2.) civitas alio privilegio non esset munita, vi cujus de omnibus rebus recensitis, etiamsi privilegiatos ex concernerent, ipsi cognoscere liceret. Unde ne imposterum tale quid accidat, privilegia contraria in tantum nulla pronunciat; invicto sane argumento, illa foro contractus, de quo nunc agimus, obstitisse.

§. IV.

Pervenimus (IV.) ad *forum delicti*; ubi admodum exorbitans fore existimant, si contra illud privilegium eo interpretari vellemus, ut delinquens ad forum domicilii remittendus sit. Conf. Limnæus *ad A. B. c.* 8. *Obs.* 6. Rumelin. *Part.* 1. *Disp.* 8. *thes.* 2. Carpz. *Lib.* 1. *Resp.* 29. Mevius *Part.* 2. *Decis.* 4. Sed salva res est. Ordiamur à verbis *Aureæ Bullæ c.* 8. *&* 11. quæ generalissima sunt, & tamen Freherus *de tutela curaque testamentaria cap.* 12. §. 9. *p. m.* 529. existimat, eam ad delicta quoque pertinere, usum saltem desiisse. Hinc vero ad alia hujusmodi privilegia non impeditus gressus, quippe quæ itidem

ad delicta spectare, & Freherus & ego, ex eadem verborum generalitate, affirmamus. Non alienus ab hac sententia Ludewigius est, **Guld. Bull.** *Tom.* 1. *p.* 772. *&* 781. licet eo ferme concludat, non posse alibi delinquentem, sed domi deprehensum ad forum delicti evocari, si Dominus territorialis privilegio de non evocando gaudeat. At quominus id fieret, privilegio nil opus erat. Jam enim supra ostendimus, generali consuetudine necessitatem remittendi delinquentes in Germania desiisse, vel potius nunquam receptam esse. Videat sane Vir Illustris quomodo hoc scitum, cum reliquis ejus placitis cohæreat. Sed subolet mihi decidendi ratio; veritus fortassis est, ne Bohemus delictum in terris Brandeburgicis admittens deprehendatur, qui revocandi domum privilegium frui vellet, id quod tamen adeo anxium habere eum non debebat, ut ex infra tradendis constabit. Neque vero tales remissiones in injuriam judicis loci delicti redundant, uti latius probavit Vultejus *supra cit. Conf.* 16. *Tom.* 1. *p.* 144. *n.* 46. *seqq.* neque etiam aliud quid iniquitatis alunt, nisi vitilitigare velis. Oppones fortassis in foro domicilii non ita de omnibus circumstantiis liquere atque in foro delicti. Largior. Sed annon Judex per subsidiales, quas vocant, requiri poterit, ut in foro delicti de Circumstantiis quæstionem habeat, id quod alias quoque fieri assolet? Imo cum hodie Remissiones ubilibet non frequententur, numne judici magis liquebit, si in suo territorio existentem remittere nolit, quam si aliunde ubi deliquit, ad suum domicilii forum remittatur? Agnoscis ergo quam debilia hæc sint. Et non est etiam cur dubites, quod privilegiati Status subditus, qui crimen alibi admisit ad domicilium remittendus sit, modo considerare velis, omne privilegium ita intelligendum esse, ut aliquid operetur & addat Juri communi, nec sit elusorium. *Cap. in his* 30. *X. de privileg. & arg c. si civitas* 17. *X. de sententia excommunicationis in* 6. Jam vero cum remissiones & alias necessitatis non sint, stolidum foret privilegio sibi prospicere velle in iis, quæ Juris communis sunt, unde non dubitandum, eo privilegium capiendum, ut inter quascunque caussas, criminales ita conclusæ sint, quo is, qui extra territorium deliquit, ad forum domicilii sit remittendus.

§. V.

§. V.

Inde (V.) ad *forum arresti*, *sive personalis*, *sive realis*; est enim quibusdam regionibus civitatibusve liberis hæc consuetudo, ut persona vel rebus quæ apud se inveniuntur, periculo petentis arrestatis, forum in loco arresti quis sortiatur, licet ibi nec contraxerit, nec deliquerit, nec domicilium habuerit unquam. Ab hoc autem foro plenam immunitatem sortiri eum cui privilegium competit, *Acta Cameralia* inter civitates Francofurtensem & Oppenheimensem, Rodingo *Pand. Camer. Lib.* 1. *tit.* 11. §. 69. memorata, extantia vero una cum relatione apud Gylmannum *Symphorem. Supplicat. Tom.* 1. *Part.* 2. *tit.* 11. *vot.* 7. *p.m.* 247. declarant, ubi Judices eo litem dederunt, Oppenheimenses ab omni arresto fore liberos, nisi Francofurtense privilegium generale de arrestando, cum Cassatione quorumcunque contrariorum à Friderico III. (extat biga Friderici III. privilegiorum huc collineantium in privilegiis Francofurtensibus p. 317. seqq.) emanatum, obstaret. Objicies fortean, nominatim in Oppenheimensi privilegio arrestorum mentionem injici, sed hoc nihil ad me. Etenim *l. c.* videre est, Oppenheimenses maxime ex generalitate privilegii his verbis argumentatos esse: Wahr, daß über das alles, Burgmann und Burger zu Oppenheim, von Römischen Keisern und Königen, sonderlich begnadet und befreyet seynd: da jemand zu ihnen einiges Recht zu sprechen hätte, oder gewünne, um welcherley Sachen oder Stück das were, daß derselb jnen nirgend anderswo beklagen oder ansprechen solle, dann in der Stadt O. vor dem Schultheissen daselbst, als der Stadt O. Gewonheit und Herkommen ist. Neque tamen judex de eo dubitavit, pro Oppenheimensibus sententiam dicturus ni alia obstitissent. Proavorum autem memoria ipsum Fridericum III. nostra privilegia de quibus nunc agimus, etiam ad arresta attinere opinatum esse, supra §. 3. adducta ostendunt; ubi patriæ meæ Francofurto adeo operose prospicere necessum non judicasset, si arresta contra privilegiatos alioqui Jure obtinuissent. Carolum etiam IV. privilegium Francofurtense, quod tamen cum aliis generalibus ejusdem erat tenoris, ad forum arresti respicere opinatum esse, ejus Diploma Privilegior. p. 214. *seq.* propinat, ubi disertis verbis id exponit. Taceo

ceo alia de arrestando privilegia, Coloniense nimirum & reliqua, itidem contra non alios, quam privilegiatos impetrata. Si vero adhuc dubitare pergas, inspice Maximiliani I. privilegium pro Leodiensibus 1518. Augustæ datum, ubi Jus revocandi distinctius ita explicat: *Statuimus & sancimus, quod ex nunc in antea, perpetuis futuris temporibus, nulli judicum, vel aliorum quorumcunque, quavis Superioritate, præeminentia, Jure, Jurisdictione vel privilegio fungentem, eorum nomina & cognomina, Jura atque privilegia, ad effectum præsentium pro expressis habentes, liceat subditos homines & patriotas præfatæ Ecclesiæ & patriæ Leodiensis ex quacunque causa in prima instantia extra dictam patriam, & à cognitione, sive ordinarii sui judicis tribunali trahere, citare,* & seu in corpore, rebus & bonis arrestare, *repressalias ve seu impignorationes contra ipsos concedere.* Repetit hæc Carolus V. in duobus pro Leodiensi Episcopo privilegiis, Gandavi 27. mensis Julii 1521. concessis, quæ cum præcedente apud Schœnwetterum *in Collect. privileg. p.* 581. *seqq.* & Lunig. Reichs-*Archiv Part. Spec. Contin.* I. unterm Hochstifft Lüttich *p.* 197. *p.* 199. & *p.* 201. invenies. Inde vero quæ vis horum privilegiorum sit, distinctius addisces.

§. VI.

Denique (VI.) ipsos Status Imperii, quorum subditi privilegiati, potiori adhuc Jure vi privilegiorum, *sibi in propriis causis primam instantiam arrogare, si à privato* (*) *conveniantur*, probandum erat. Scio mirum videri hoc illis, queis non nisi Romana placent, verum Germaniæ medii ævi peritioribus non æque. Quid enim hoc mali alit, esse aliquem judicem in propria causa, si Commissariis juramentum quo Domino suo obstricti remittatur, si transmittere acta, si denique appellare liceat. Sane eum in modum Francofurtense de non evocando privilegium Imperatores interpretantur, *ut nullus civitatem, vel aliquem è civitate citare vel evocare extra civitatem*

(*) *Nota me loqui tantum de privato, si enim Status Imperii alterum conveniat, ceteris paribus semper Austregis aut summis Imperii Judiciis locum fuisse esseque, quis dubitabit?*

Digitized by Google

tatem possit, nisi sibi prius in civitate fuerit justitia denegata. (*) Germanice ita redditur: Daß sie niemand fürbas aus der ebgenanten stad laden oder beclagen sol ꝛ ꝛ sie gemeinlichen oder besunderlichen ꝛ ꝛ es mag dan der Eleger bringen, daz im reht von dem Schultheizzen in der Stat verzugen wer. (**) Neque de aliis quin ita explicari debeant, si nil aliud in specie dictum sit, dubitandum. Quam enim liberales in eo Imperatores fuerint, ut aliquem judicem in propria causa constituerent, vel Wormacense Maximiliani I. Crainburgi 10. Jul. 1514. antea constituta magis ordinans privilegium documento est, quo in prima instantia Senatus Wormacensis, coram novem Commissariis è civibus suis, conveniri jubetur. Prætereo nunc Wurtembergicum & alia notissima privilegia, prætereo decantatissimum modum, quo principes coram Consiliariis suis conveniri jubentur, (***) ideo vero de iis commonefaciens, ut videas, quam non novum fuerit, aliquem in Germania media judicem esse in propria causa. Imo quoque Nobilitas immediata, vi privilegii Cæsarei hodieque perpetuo judicio in propriis causis beata est, cum singula membra non alibi quam coram corpore Jus reddant. Non vero invidebis hoc Statibus & membris privilegiatis, cum nec privilegio carentibus, si cum subditis iis res sit, id negare velit PerIllustris Georg. Melchior de Ludolff *Obs. Forens. Contin. Obs.* 218. *p.* 671. *seqq.* neque etiam desint Exempla Statuum Provincialium in propria causa judicantium, uti vel unicus docere posset Schilterus *Exerc.* 6. §. 16. Si de eo cuiquam hæreret dubium. Interea non illubenter in hanc sententiam concedo, eum in modum constituta esse debere judicia, quæ Status quidam in propria sua causa Jus dicere vult, ut actor ea perhorrescere necessum non habeat. Quæ cum ita sint, cuncta huc accommodare ceteris paribus licebit, quibus Illustris Ludewigius *ad Auream Bullam Tom.* 1. *p.* 784. *seqq.* & *Tom.* 11. *p.* 17. *seqq.* Electoribus omnibus,

Ttttttt 3

(*) Privileg. Francof. p. 12. & p. 211.

(**) Ibid. p. m. 38.

(***) *Adde quæ de Judicio Palatini cap.* 1. *scripsimus, ubi Exemplorum segetem deprehendes.*

bus, inprimis vero antiquis integrarum Provinciarum Dominis, præcipui quid arrogare amat, quos partim Jure proprio, partim vigore privilegii de non evocando, in propriis causis Jus reddere adstruit. Exploratum enim est, Imperatoris potestatem adeo imminutam non fuisse, ut usque ad Caroli V. ævum, alios Status paribus privilegiis mactare nequiret, hodierna tempora ut silentio involvam. In eo certe eadem cum Viro Eruditissimo sententia sedet, non posse aliquem vigore hujus privilegii in propria causa judicem existimari, si vel à Constatu, vel ab integra subditorum Provincia ei lis moveatur, cum non nesciam, plurimas rationes suadere, ut, quod dixi, altero casu ad Cæsarem vel Austregas, altero vero ad illum eatur.

§. VII.

Hactenus de usu, quem privilegiis de non evocando asserere & Status Imperii Germanici, & Leges sinunt. Nunc ad *abusus* decurrere animus est. Jam notavi, Statum ab altero conventum, privilegio primæ instantiæ, aut judicii in propria causa, tutum non esse. Similiter ex jamdictis patebit, id tantum hucusque nos egisse, ut evictum daremus, subditum, in Status privilegiati territorio actu habitantem, evocari nullo modo posse, unde nostram mentem non assequeretur is, qui hoc ipso *abusus Bullæ Brabantinæ*, de quibus sæpissime Status conquesti, quibusque in Legibus publicis obex positus, probatos diceret. Scilicet regimen Hispanicum Bruxellense, privilegium de non evocando, Brabantiæ Ducatui Aquisgrani 1349. Indict. 2. octavo Kalend. Augusti tributum, eo extenderat, ut non modo integrum Belgium Hispanicum, vigore transactionis Burgundicæ Augustæ 26. Jun. 1548. (quæ variis in locis, præcipue apud Schœnwetterum, Chiffletium, Limnæum & Lunigium impressa est) initæ ei subjiceret, verumetiam (1.) adversus omnes, in jamdicto Belgio bona habentes, licet Status Imperii essent, ad implorationem vel subditi vel etiam plane extranei arresta decerneret, adeoque coram se causam dicere eos compelleret. Legere licet hujus asserti Exempla apud Schilterum *Juris Publici Tom. 2. p. 305. seqq.* & Thulemarium *de Bullis in Appendice de Bulla Brabantina.* Nec hic

hic quievit Jurisdictionis proferendæ libido, potius ut ex actis apud Londorpium *Tom. V. Actor. Publicor. Lib.* 1. *cap.* 169. *p.* 685. *seqq.* elucescit, (2.) origine Belgas, alibi vero domicilium habentes, tam in realibus quam personalibus actionibus delictis etiam ipsis, & quando de Contractu ab iis concluso, aut administratione gesta agebatur, à foro competente in Brabantiam evocare sategit. (3.) adversus sibi nec in personalibus nec in realibus subjectos, modo citatione emanata declinatorias fori opponerent, processit, & sententiæ suæ repressaliis effectum dedit. (4.) Causas feudales, quæ semper proprium suum forum coram paribus curiæ habuerunt, modo vasallus Belga, aut in Belgio Hispanico bona haberet, coram se ventilari debere contendit, & si qua id genus alia. Hæc, inquam, vix erit qui probet, neque etiam id quisquam à me exspectabit. Imo ipsi Belgii Hispanici pro Rege Rectores in AntiInformatione, primum 1603. denuo vero 11. sive 21. Septembr. 1641. in Comitiis Ratisponensibus exhibita, quæ multis in locis extat, verum ni fallor, à Limnæo *Addit. ad Libr.* 5. *c.* 2. *n.* 53. *Tom.* 1. *p.* 705. *seqq.* primum edita est, eousque non processerunt, potius intra hos terminos, quos superioribus §§. posuimus, se continentes. Nihilominus tamen cum talia magis in speciem quam ex vero dici Status crederent, Bullæ supradictæ Brabantinæ abolitioni eo magis institerunt. Abusu vero legitimum usum non tollente nil magis effectum est, quam ut abusibus interdiceretur, usus maneret. Prius variis Constitutionibus definitum; nimirum *R. I.* 1641. §. 94. & 95. *Instrumenti Pacis art.* 9. §. 1. *Capitulationibus Ferdinandi IV. art. VI. Leopoldi art. VIII. & Josephi art. VIII.* Quibus efficientibus hodieque abusus sublati sepultique sunt penitus, (*) licet parentum nostrorum ævo necdum quievisse ea doceant, quæ Pufendorff. *Rer. Brandeburg. Lib. XII.* §. 1. aliique retulerunt. Possem de hac Bulla pluribus agere, nisi omnes qui ad Pacem Westphalicam, ad Capitulationes, reliquasve Imperii Leges aliquid commentati sunt, præter jamdictos, de ea egissent. Id ergo tantum per transennam noto, Belgas fœderatos, earum regiuncularum causa, quas in Brabantia possident, similem iniquam privilegii extensionem molitos esse, cui an

(*) *Conf.* Stockmans Decis. 136. p. m. 276.

an satis contraire potuerint verba *Josephinæ Capitulationis* nach Holland, alii judicent.

§. VIII.

Uti vero hactenus recensiti abusus satis magni sunt, ita (5.) non minor est, si privilegii obtentu, actor se reconveniri nolit. Vidimus nos ipsi hujus rei Exempla, ab eorum etiam subditis edita, qui olim de Bulla Brabantina adeo conquerebantur. Verba ita sonabant: Man stelle Commissariis hiebey zu bedencken anheim, ob sie nicht auf des Actoris prætense reconventi Landes-Herrn, des Fürsten von N. Durchlaucht privilegium de non evocando, bessere Acht nehmen, und sich mithin dessen Indignation zuziehen wolten. Differendum ergo de Reconventione! Reconventionem definimus (cum Schiltero *in Dissert. de Jure reconveniendi personam Illustrem* §. 61. inserta *praxi Juris Romani p.* 287.) ut sit: *Petitio mutua, contraria petitioni conventionis, ad eam elidendam, aut contrarium præstandum.* Et hæc est, quam ego haud invitis Juribus non evocandi admitti debere crederem. Cum enim ex eadem radice cum actoris intentione descendat, neque commode absque illius inspectione decidi possit, nolim connexitatem causarum dividi. Suadet hoc ratio, neque præter casus supra memoratos ullos videre contigit, ubi privilegiati fuerint contranisi. Quodipsum tamen nec superius memoratis profuit. Contra si *mutuas petitiones*, uti hodie in praxi fieri assolet, verbo Reconventionis afficere velis, quoad has in omnia alia abeo. Etenim hæ causæ cum commode sejungi queant, privilegio revocandi domum locum relinquerem. Ostendit hanc inter mutuas petitiones & Reconventiones distinctionem omnium optime Schilterus *cit. Dissert.* qui tamen, quo fato nescio, quod ad nostram quidem materiem in eam sententiam devenit, obstare privilegia de non evocando, etiam Reconventionibus proprie dictis. Profecto ejusmodi Reconventionis causa, non aliter atque si unica esset cum causa Reconventionis considerandæ venit, uti etiam *Speculum Suevicum c.* 127. in posthumis *Schilterianis Tom. I.* eam inducit per verbum *ain sach* sive *ainerley Sach, eadem causa.* Non ergo ibi prorogatur Jurisdictio, quod B. Viro scru-

ſcrupulum moviſſe opinor, verum Judex continuat tantum cognitionem in unica cauſa, ad ſe primitus delata. Imo hæc ipſa quam diximus ratio effecit, ut in id genus cauſis clericos coram judice laico ſtare debere judicaretur, quos tamen ad ſecularia judicia non evocandos, potius dignius ad ſe trahere minus dignum, nemo non Canoniſtarum vel decies ingeminavit. De plane ſimili ergo cauſa, idem plane ferendum judicium. Quod in clericis obtinet, multo magis locum habebit in privilegiatis. Novi Schilterum ipſum *l. c.* §.38. *ſeq.* Clericorum Exemplum expoſuiſſe, adeoque magis miror, cur in hunc errorem devenerit. Certe Rumelinus *ad Aur. Bullam Part.* 2. *Diſſert.* 1. §.18. *ſeq.* ibique Mylerus & Dn. Schweder. hac unica ratione moti in noſtras partes tranſierunt, licet paulo latius adhuc vagentur. Sed ohe jam ſatis eſt!

§. IX.

De *Interpretatione* vero hujusmodi privilegiorum etiam agendum erit. Si communes regulas intuearis, neminem præter dantem interpretem id ſortietur, adeoque generale per totum Imperium valens Imperatorem, & quos ille in conſilium adhibere ſolet, conſiliarios è Statuum Imperii numero lectos. Vid. Michael *de Jurisdict. Concl.* 31. *Lit. B.* Limnæus *ad Capitul. Matthiæ art.* 23. *verb.* vor niemand anders *n.* 5. Schwéder. *Jur. Publ. p.* 370. *ſeqq.* Verum nonnihil circa interpretationem Cameram Imperii ſibi quoque ſumere, cauſæ nuperrime contra Electorem Palatinum, & principem Wurtembergicum deciſæ, oſtendunt. Prior horum expreſſis verbis Cameram monuerat, Cæſarem de privilegio ſuo cogniturum, verum hæc tantum ſententiæ procraſtinandæ talia effugia quæri exiſtimans, eo citius proceſſit. Imo ex Viris rei Cameralis peritiſſimis me audiviſſe memini, quicquid forte olim factum fuiſſet, hodie ſummum hocce tribunal, utpote Cæſaream Jurisdictionem exercens, non modo violationes privilegiorum coercere, (in quo omnes conſentiunt. Vid. PerIlluſtr. Dn. de Ludolff *Comment. Syſtem. Sect.* 1. §. 11. *n.* 6. & ab hoc citati) verumetiam absque tremore privilegiorum interpretationi ſe immiſcere. Probationis loco potiſſimum hoc adducunt, quod in O.C. noviſſima, ſibi generaliter omnis nomine Imperatoris exercenda Jurisdi-

risdictio mandata sit, præterquam in causis nominetenus exceptis, quarum in numero hæc reperienda non sit. Adhæc judicio aulico de defuncti Imperatoris voluntate non magis liquere posse atque sibi, queis tamen concurrens Jurisdictio tributa legatur. Minimum vero id certum esse, ante sesquiseculum & quod excurrit, cum nondum in hunc ordinem, quo nunc nitet, coactum esset judicium Aulicum, se de id genus causis sæpiuscule cognovisse, mutationem vero non præsumi. Et si qua alia. Ego mihi judicium non sumo. Id vero certum existimo, privilegiatum ipsum nullo Jure se pro Interprete privilegii sui gerere posse. Et tamen consilium Belgicum pro Rege Hispaniarum non alium interpretem atque seipsum admisit. Cantant id omnia ejus scripta, in publicum diversis vicibus edita. Hæc de privilegiis generalibus. In provinciis vero singulis vigentium, is interpretem haud dubie agit, qui donavit, plerumque Dominus territorialis. Hactenus de interpretante. Num vero ipse interpretandi actus eousque procedat, ut etiam non nominata in privilegio comprehendat, & in specie, an id genus privilegium ad terras Electoris non Electorales, fortassis postea acquisitas quam privilegium obtentum, imo ad Ducales etiam ejusdem familiæ provincias porrigatur, id quidem altioris est indaginis. Attamen de priori cur adeo dubitent, ego ferme non video, cum ex verbis *A. B. tit.* 11. appareat, potius dignitatis Electoralis intuitu, quam territorii, privilegium obtigisse. Sunt vero talia: **ausser derselben NB. Ertz-Stiffts Gebiet und Landen, und deren Zugehörungen, sollen oder mögen citiret, geladen, oder gezogen werden.** Et rursum: **daß keinen Grafen, Freyen, Edlen, Lehenmann, Vasallen, Burgmann, Ritter-Knecht, Burger oder Bauers-Mann, auch keiner Persohn oder Einwohnern, so *NB.* gedachten Churfürsten unterworffen.** Nihilominus multis hic rationibus pro inclusione cunctorum territoriorum agunt Ludewig. *ad Aur. Bull. Part.* 2. *p.* 49. *seqq.* aliive plurimi. Id unicum certe obstare videbatur, usum contrarium docere, atque aliquos Electores, in provinciis post A. Bull. quæsitis, Evocationis inhibitione non usquequaque frui; sed hic recogitandum erat, posse quemlibet privilegio pro se introducto renunciare. Posterius, nimirum extensio ad totam domum ex qua Elector prognatus est, plus

plus difficultatis alit. Non enim ullum fundamen est, quo id assertum ire queamus. Hinc vero moti penitus negamus, extensionem eousque fieri fas esse. Objicies usum Saxonicæ domus; sed hic speciales rationes pro privilegio nostro toti domui competente adduci possunt, quæ pro nullo alio. Quin ipsi Principes, Electoralium domuum agnati, à privilegio abstrahunt, & agnatis Electoralis domus Saxonicæ, quoad hoc, præcipuum Jus non invident. Reliquiæ hæ sunt Electoralis quondam in Ernestina linea considentis dignitatis, quas non æquo ferre animo, esset ipsam exuere humanitatem. Sequor hoc in passu Virum Illustrem Ludewigium, sub solita tamen salutari clausula cæteris paribus, quem negandum non est, heic se Virum præstitisse. Vid. ejus *Comment. ad Aur. Bull. P. 2. p. m. 43. & 51. seqq.*

§. X.

Cæteroqui alibi latius, strictius alibi, privilegiorum de non evocando sensum ex consuetudine capi, adeoque nonnullis in locis usum esse, quem aliis in regionibus abusum merito suo appellites, non eo inficias; mos enim tyrannus est, rebus humanis pro lubitu suo diversas formas imponens. Quin potius ipse infra Exempla adducam, queis latius patere alicubi non evocandi consuetudinem addiscas. In præsens vero ad eorum sectam digredior, *qui sub contextu tabulæ privilegii de non appellando, etiam illud de non evocando concedi*, contendunt. Et summo hi quidem Jure, si privilegium de non evocando ultra simplicem primam instantiam nil tribuere credas, tum enim quisque existimabit, eum cui secunda instantia interclusa, multo minus primam intervertere concessum esse; Si vero mecum latius privilegii pomœria proferas, non est cur privilegia inter se confundas, cum vel luscus ea longe differre videat. Contra à privilegio de non evocando, ad prohibitas appellationes, nemo facile intulerit. Nec etiam hoc agit Carpz. *de privil. Elector. & Ducum Saxon. de non appellando C. 2. §. 23.* potius ex principio suo supra posito, ab Appellationibus ad Evocationes concludit. Unde profecto non erat, cur Ludewigio *ad Aur. Bull. Tom. 1. p. 798. seq.* atque hunc κατὰ πόδα secuto Kemmerichio *de Jure de non evocando p. 9. not.* vapularet, cum sane Carpzovium

fines inter utrumque privilegium regundos haud secus atque hos vidisse, *Comment. de Lege Regia*, c. 9. *Sect.* 3. *n.* 11. *seqq.* ostendat. Nimirum privilegium de non evocando primam instantiam in omnibus fere causis, paucis tantum exceptis, confirmat; non appellandi contra, superioris cognitionem in secunda aut tertia instantia avertit. Id vero ignorasse Carpzovium, qui totum ævum in foro exegit, credes?

§. XI.

Superest *de conservatione & cessatione privilegii* ut sermones seramus. Conservatur illud via Juris, *mandato de non impediendo in usu privilegii Cæsarei* S. C. impetrato, *annexa*, si placeat, *Citatione ad videndum se incidisse & respective condemnari, in pœnam privilegio insertam.* Nolim equidem lectorem existimare, acsi extractis (quod ajunt) jam dictis mandato & Citatione, statim altam quietem ab adversario, aut vero solutionem summæ pecuniariæ in privilegio expressæ ei spondeam. Suffecerit, si post annos, causa discussa & plenissime instructa Sententia definitiva, in Jure suo confirmetur. Satis quoque beatus erit, si tum mox sequatur aut paritio, aut Executio. Illum vero modum Juris sui defendendi non possum non damnare, quo Brabanti olim usi sunt, Repressalias nimirum in vicinos exercitas, de quibus pleni sunt omnes §. 7. citati. Juvabit tamen heic meminisse Schilteri, qui *Institut. Jur. Publ. Lib.* 4. *tit.* 12. §. 2. Repressaliis magis atque alii immoratur. Non autem decere has Status armipotentes quidem summo tamen judici subjectos, vel me tacente, ex Legibus Imperii nosti. Verba privilegiorum Imperatoriorum, queis Statibus adversus quoscunque se in Exercitio privilegii turbantes defensio permittitur, cujus generis plurima & vidi & legi, si objicias mutatum Imperii Statum, sublatas diffidationes, constituta Judicia quæ eo tempore non erant, Pacem denique Publicam perpetuam, ac Deo dante nunquam intermorituram, repono, qua Status rei mutati Replicatione, Exceptioni abunde factum esse, existimo. Hæc vero pluribus verbis non egent. Progredimur ad privilegii cessationem vel extinctionem, quarum utraque variis modis contingit.

§. XII.

§. XII.

(1.) Dantur nonnulli, qui privilegiis de non evocando, ante Secula concessis, nostro tempore ideo omne robur negant, quia Imperatoris potestas, qua olim Statibus circa ipsum Jurisdictionis in territorio exercitium Leges ferre potuit, hoc ævo desierit, adeoque etiam hic ejus Effectus cessare debeat. Audio. Attamen ii, qui hunc in modum philosophantur, Status minimum eo Seculo quo privilegio ornabantur & postea eo fructos esse, negare non poterunt, imo si negent, imbre documentorum convincentur. Si usum fateantur, quod sub nomine privilegii nunc admittere nolunt, recipient sub nomine observantiæ, ut saltem lis de nomine restet. (*) Exploratum enim est, Statum in territorio alterius, observantia legitima Jus quærere posse. Sed quo devenimus! Possuntne ea quæ olim rite constituta sunt, cujuslibet scioli ad nutum convelli? Imo hodie adhuc Imperatorem privilegia de non evocando donare posse, (**) *Caroli VI. Capitulatio art.* 18. testatur, certissimo documento, multo magis antiqua, firma ac stabilia esse. (2.) Amitti banno Imperii inter alia & nostra privilegia, noto notius est. (3.) Posse iis pactis vel in totum vel ex parte renunciari, non majus habet dubium. (4.) Licere illud tollere si publica utilitas aliud suadeat, Dominii eminentis Jura notissima edocent. (5.) Abusu perire nostrum privilegium, illi cum reliquis commune est. (6.) Nonnulli huc referunt Confirmationis defectum v. g. si privilegium à Friderico III. donatum, à successoribus confirmatum non sit, ut tum pro extincto habeatur. Scio sæpius ita judicatum; scio Rothwilenses præcipue hoc ariete usos; de Jure nil disputo. Interim vide quæ Ludewig *ad A. B. Tom.* 1. *p.* 779. scripsit, ubi tamen rationes desiderabis. Ipsi Status hæc cuncta diversis temporibus adstruxerunt;

Uuuuuuuu 3 cum

(*) *Poterit id, quod hic disputamus, multis aliis in causis, ubi ejusmodi objectio se sistit, magni usus esse, objectio enim satis frequens.*

(**) *Quam belle hic locus ex Jure Romano ornari possit, indicio sunt ea, qua Referens apud* Gylmannum Supplicat. Cameral. part. 2. tit. 11. p. m. 253. *protulit, cujus tamen generis bellariis hodie non multos capi existimarem.*

cum vero de Aurea Bulla Brabantina abroganda sermo esset, longe fidentius locuti sunt, notissimi illius parum memores, *hodie mihi, cras tibi.* Postquam itaque de iis modis vidimus, quibus privilegium plane interit, nunc, quomodo illud limitetur aut suspendatur, considerandum erit. (1.) Ubique per casus Exceptos limitatio contingit, de quibus nos paulo inferius; Speciatim vero in illis qui Rothwilensi Judicio subsunt, & contra illud privilegium obtinuerunt, considerandæ veniunt die Ehehafften, quibus se offerentibus, Judex officium suum adversus privilegiatum præstabit. Recensentur illæ longa serie in *Ordinat. Iud. Rothvvil. Part.* 2. *tit.* 5. & apud B. Mauritium *de Iudicio Rothvvilensi* §. 4. *seqq. p. m.* 619. *seqq.* quo Lectorem remittimus. (2.) Limitatum dicimus privilegium, quando divali præcepto ac privilegio certus locus aut regio exemta, ut supra §. 5. civitatis Francofurtensis Exemplo, nonnunquam factum esse docuimus. (3.) Privilegii vis suspenditur *contra æque privilegiatum*; Notissima enim est regula, privilegiatum contra æque privilegiatum Jure suo non uti. *L.* 8. *princ. ff. de Excusatione Tutorum. L.* 12. *vers. in dubus, C. qui potiores in pignore habentur.* Duobus enim privilegiis, altero Domini revocantis domum, altero ejus ex cujus foro delicti e. g. domum revocatur concurrentibus, reditum quasi videtur ad Jus commune, cum longe minus sufferendum sit ei qui ipse suos è territorio alterius avocare potest, ut è suo alter domum devocet, quo magis certum est, longe majus censeri domi alterius potestatem pati, quam in vicina regione Jus aliquod exercere. Imo credendum etiam, cum Imperator sive alius privilegium largiens, privilegiato plenissime consultum voluerit, eum potissimum etiam hunc casum respexisse, eoque ipso Jus commune, quod forum rei sitæ, delicti, contractus, alterius domicilii & arresti agnoscit, reduxisse contra æque privilegiatum. Etenim Revocationes id ipsum sunt, quod Imperator vetare voluit, nempe evocationes subditorum, sed temporariorum. Novi, sæpissime de hoc disputatum, novi quoque, privilegiatis hoc in passu nonnunquam novis privilegiis opus fuisse, uti patriæ meæ contigit, verum JurisConsultus de facto non disputat. Summo vero Jure hoc in casu excludendarum Revocationum doctores requirunt, ut unum privilegium sit æque forte atque alterum, quod in nostro casu eo accipies, ut non minus late pateat, & ad eum casum, de

de quo quæstio est, pertineat. Quoties ergo casus obveniat, ubi privilegiatus e. g. delinquentem subditum suum è foro delicti, in alterius Status territorio sito domum revocare velit, ejusve privilegium in confesso sit, principe loco considerandum an Status fori delicti dominus, privilegio ad delicta spectante præditus & ipse appareat; sin: revocationi omnino assurgendum; si vero æque privilegiatus doceatur, tum eo in loco ubi delictum commissum, de reo supplicium sumi poterit. Ex potentia vero fortitudinem (quam dicunt) privilegii cum Ludewigio metiri velle, si e. g. Elector eo fruatur, ut tum minoris Status privilegio deliquium creet, estne hoc justitiæ sacerdotis? Novi in his alios aliter sensuros, quod mea non interest, modo videant, asserti mihi constare rationem.

CAP. V.

Recensus casuum, ubi Jus de non evocando ultra communem privilegiorum aut Juris publici sensum vel extenditur, aut minimum extendi voluit.

SUMMARIA.

1. *Recensus Statuum largiorem non evocandi auctoritatem sibi adserentium. De Saxonibus.*
2. *Continuatio.*
3. *De Terris Brandenburgicis. Hassiacis. De Electore Trevirensi.*
4. *De Electore Palatino.*
5. *De Comite Hanoico.*
6. *De Rhingraviis.*
7. *De Nobilitate immediata.*

§. I.

Superiori capite jam fassus sum, esse regiones, quæ non evocandi pomœria latius proferant, atque id communiter fieri videmus. Alii

Digitized by Google

Alii singulare hoc Jus à privilegio, alii à consuetudine, alii denique à generali Imperii de non evocando Lege, depromunt. Jurene an injuria, ipsi viderint. De Brabantis supra multum verborum fudi. Nunc de Serenissimis Saxonibus tam Electore quam Ducibus, Palatino Electore, Electore Trevirensi, Hanoicis Comitibus, Rhingraviis & Nobilitate libera Imperii, neglecto ordine quo in Matricula Imperii positi, aut alias ornati sunt, dissseram. Multa hic percurrenda sunt, de quibus alios dicere mallemus, mancum tamen opus sistere noluimus. A Serenissimis igitur *Saxonibus* auspicium capiendum, cum hi omnium maxime enormia Jura & sibi adscribant, & si Doctoribus Saxonicis credimus, usu obtinuerint. B. Luderus Menckenius, Lipsiensis JurisConsultus, qui Jura Saxonicis Electori & Principibus adscripta binis Dissertationibus, altera de vi superioritatis territorialis in territoriis Imperii clausis, altera vero de foro competente Vasallorum simultaneeque investitorum & subjectione Nobilium immediatorum Saxoniæ Landsassiorum, extra hoc territorium habitantium, in Cancellariis Saxonicis & Curiis Provincialibus, defendere fategit, Jura Dominorum suorum, ultimo loco *adducta Dissert. Sect.* 3. §. 9. *p.* 57. *seqq.* in hunc nodum constringit, *quod Regimina Curiæque Saxonicæ exæquentur foro domicilii quoad Jurisdictionem in Vasallos tam in Saxonia commorantes, quam ibi tantum bona aut simultaneam investituram quæsita habentes.* Et ita est, Saxonia omnes aut bona aut Jus saltem ad illa in Saxonia possidentes subditorum ibi habitantium loco habet, eosque in personalibus & realibus, immo mixtis etiam causis, ad sua fora citatos evocat, non comparentes executione in bona, aut privatione der Mitbelehnschafft mulctat. Argumenta quibus ejusmodi conatus defendantur, hæc fere sunt: (1.) Saxoniam esse territorium clausum, inde vero (2.) observantiam induxisse, ut omnes bona aut Jus ad illa habentes, etiam personarumtenus sint subjecti. Id quod (3.) vasallos simultaneeque investitos eo minus male habere debeat, cum ea conditione feuda aut teneant aut exspectent, jurentve: Daß sie wollen getreu, hold und gehorsam seyn, und Ihro Chur- und Fürstl. Durchl. schuldige Dienste, Pflicht und Gehorsam leisten auch alles andere thun halten und lassen, was getreue Unterthanen gegen Dero Landes-Fürsten und Obrigkeiten, von GOttes auch Gewohnheit und Rechts wegen, zu thun und zu lassen, schuldig seynd. Habes argu-

argumenta, pro judicandi licentia Saxonibus adducta, quibus teste Menckenio *supra cit. Sect.* 1. §. 6. ne quidem privilegium de non evocando, quo Vasallus Saxonicus, cujus bona in territorio sita, ipse vero alibi e. g. Suevia habitat, munitus est, obstare credunt. Rationis loco adducitur, quod ejusmodi privilegium semper detur salvo Jure tertii, Jurisdictionemque in territorio corroboret, neutiquam vero Jurisdictionem Domini directi tanquam superioris fundatam, adimat vel extenuet. Præterea dari talia privilegia contra generalem Juris rationem, adeoque interpretationem restrictivam desiderare, &c. Meum non est in hæc prolixe inquirere, præsertim cum supra de sensu meo docuerim; id tamen existimo, etiamsi talia audiamus, semper residuam fore quæstionem, num Jurisdictio Electoris aut Ducis Saxoniæ ita fuerit exercita, ut vulgo perhibent? Si ab omni ævo id exercitium deprehendatur, si ante privilegia Cæsarea observantia viguit, jam assurgo, jam Exceptionem à regula supradicta admitto; sinminus, sin à privilegio Cæsareo sit, jam contranitor, jam Cæsari gratiam à se manantem, alia, alterius favori data, limitare potuisse, contendo. Rationis loco hoc accipe. Observantiam Cæsar non dedit, neque ergo etiam adimere aut limitare quivit, privilegium vero à se profectum utique limitibus certis circumscribere potuit. Antiquiore ævo de his nulla dubietas, nostro vero vulgata regula, *Principem summum alterius Juri quæsito privilegio à se concesso præjudicium creare noluisse*, eo extendi coepit, ut Imperatori in propria privilegia fere nil Juris concedant, in quo tamen nec Jura communia Imperii, nec Capitulationes, nec alia omnia, Doctoribus velificantur. Plura non cumulo, Saxoniæ enim de privilegio nulla lis, omnia quippe ex observantia deducenti, movisse tamen hæc, non abs re fuerit.

§. II.

Certum est, immediatos inprimis pessime habuisse habereque Saxonica asserta, quibus ob territorii clausi rationem vel Landsassiis exæquari, vel etiam in personalibus extra forum domicilii litigare cogi volebant, voluntque. Primum inprimis Schœnbergici Comites & Principes Schwartzburgici horrent, queis Stolbergii, Mansfeldii, aliique se jungunt. Hi magnam partem Bohemici Vasalli, mini-

mum vero, quod ipsi ajunt, in possessione immedietatis existentes, aut avorum aut nostra memoria demum territorii clausi tristes effectus sentire atque in subditorum numerum redigi, imo è territorio suo immediato, ad Judicia Provincialia Saxonica evocari, conqueruntur. Notissimi sunt Processus idcirco Saxonibus moti, qui tamen Jura sua & scriptis & armis acerrime tuentur. Legi merentur, quæ inter Saxones & Schwartzburgicos disceptata, quæque iterum inter illos, Schœnbergios & Mansfeldenses, omnia typis impressa, inprimis vero ea, quæ Pucholzio Professori & Advocato Pragensi opposuit PerIllustris, atque tam generis splendore quam eruditione & honoribus ornatissimus Henricus de Bunau, Consiliarius intimus Saxonicus & Consistorii Dresdensis Præses, *in Examine Dissertationum ex Jure Publico & feudali de Jurisdictione feudali & Superioritate Territoriali, necnon de natura & prærogativis feudorum regni Bohemiæ.* Secundum gravissimum accidit omnibus Saxonicis Vasallis extra territorium habitantibus. Simultanee inprimis investiti maximam injuriam sibi fieri conqueruntur, quicquid etiam de iis, qui actu in Saxonia bona possident, fiat, sibi tamen minimum liberas ædes postulantes, cum ipsorum Jus, alio adhuc possidente, quodammodo quiescat, atque nullos omnino effectus, à possessione actuali dependentes, producat. Sed responsi loco ferunt, *subditos eos esse incipere, quatenus in territorio clauso Juramentum fidelitatis homagiumque præstent, eaque, non alia conditione, Jus radicatum in fundo ejusmodi territorii acquirant, quod repudiare in ipsorum sit potestate.* Conf. Mencke *d. Dissert. Sect.* 3. §. 5. *p.* 46. *seqq.* Hæc in Saxonia, alias satis notum est, nec Vasallagium actu in aliquo hærens, multominus vero spem sive investituram simultaneam subditi conditionem involvere, unde ipsi JurisConsulti Saxones fatentur, casum Saxonicum plane esse specialem, nec ad alia territoria extendendum. Videri poterunt Carpz. *lib.* 6. *resp.* 115. Struvius *obs. Feudal. c.* 16. *n.* 5. *B.* Domini Ludovici JurisConf. Halensis Lehn-Process *c.* 2. §. 13. Quando vero id ipsi Saxones largiuntur, immediati se gravatos existimantes, exceptionem Saxoniæ à generali Lege fictitiam esse affirmant, neque unquam probari posse. Versati in hoc olim Waldeccii Comites nunc Principes, dum de Dynastia Tonnensi quæstio vertebatur, num hujus causa Comiti in personalibus coram Judi-

judicio Provinciali Jenensi standum esset. Docuit tamen experientia, licet speciose satis adversus Jura Saxonica dissereretur, ad ultimum cedendum fuisse, quod ne fieret, Illustrissimi Waldeccii, Friderico, Duci Gothano, Dynastiam Tonnensem parato ære vendiderunt. (*) Cardo quæstionis, si non adsint specialia pacta, in eo verti videtur, num Saxonia hodierna s. superior, (quæ satis imperite cum Saxoniæ inferioris magno Ducatu, à Friderico I. penitus comminuto confunditur, atque de hac differentes Scriptores ad illam applicantur,) sit territorium clausum necne? Affirmarunt id quos supra laudavi, necnon PerIllustris Dominus Joh. Balthasar L. B. de Wernher *in Dissert. de Probatione Landsassiatus, ex situ terrarum*, Illustris Dn. Griebner, & JurisConsulti Saxonici omnes, quibus tamen dicam scribere cum B. Thomasio, supraadductus Pucholtzius, primo *in Dissertationibus de Jure Publico & feudali & Superioritate Territoriali, Pragæ* 1716. 4. deinde vero *Problemate ex Jure Publico, an in Imperio Romano-Germanico Landsassiatus ex situ terrarum, & illa neoadinventa territorii clausi & non clausi distinctione probari possit. Vetero-Pragæ* 1722. 4. aggressus est, ubi territorium clausum in genere negans, postmodum Saxoniam hodiernam, quatenus ex Misnia, Osterlandia & Thuringia, nec non Franconiæ parte & feudis Bohemicis constat, tale non constituere, in specie demonstrare voluit. Ego, quod jam dixi, judicium meum non interpono, adduxisse auctores, quos legere queas, satis habens.

§. III.

Audisti de Saxonicis, *Brandeburgicos* vero plane gemina Jura inducere velle, vix ignotum esse poterit ei, qui Illustris de Ludewig scripta legit. *Hassiaca* quoque domus cum Waldecciis Principibus controversiæ non obscuræ sunt, multis quippe Scriptis utrinque

 emis-

(*) *Scio hujus loci non esse, ut Historiam in Serenissimam Domum Gothanam translatæ Tonnæ sistam, cum tamen* Schurtzfleischius *de hoc Contractu* in notis ad Brasseri Chron. MStis *plane singularia reliquerit, habes ea Probat. XIII. alieno satius, quam nullo loco.*

emissis, agitatæ. Reverendissimi autem *Trevirensis Electoris* consiliarii novum modum invenere. Nimirum cum Jus suum de non evocando eousque pertingere non crederent, ut Johannem Carolum Ludovicum, Rheni Comitem, Grehwilleræ habitantem, Gravaminum à subditis Wildeburgicis ad se delatorum ergo coram tribunal suum, causam ibi dicturum, citare possent; Wildenburgum tamen Trevirense esse feudum recordati, deteriorationem feudi substituerunt, Commissarios ad inspectionem ocularem nominavere, Rhingravicos milites, refractarios subditos Wildenburgicos in ordinem coacturos, missa majore manu, deditionem in territorio Rhingravico facere compulere, ubique vero sic versati sunt, acsi potentiori Imperii Statui in infirmiorem, quicquid liberet, statim etiam effectui dare liceret. Secuta tandem transactio Interimistica, qua ut prævie Rhingravica turma in libertatem restitueretur, hoc vero facto uterque tam Dominus quam Vasallus militem suum, è territorio Wildenburgico abduceret, res deinde in locis ubi id fieri moris, ad Juris normam decideretur, interea Vasallo ut Domino territoriali, Jura sua cuncta sarta tecta essent, convenit. Neque tamen vel sic Treverici conatus quievere, quo minus nunc hæc nunc alia impedimenta exercitio superioritatis territorialis Rhingravicæ crearent. Supervenit autem interea à Camera Imperiali *Mandatum de non amplius offendendo, nec turbando in Jurisdictione territoriali, aut abstinendo, subditos Wildeburgenses, ad inobedientiam adversus ipsorum Dominum non concitando, neque eos in patrocinium clientelamve suscipiendo, restituendo damna & expensas S. C.* quod Trevirenses pedem referre coegit, cujus tenorem habes *Probat.* 14. Oblatæ postmodum ex parte Trevirensi Exceptiones Sub- & Obreptionis, quibus patrata hunc in modum defendi volebant: Daß man blosser Dingen die in Rechten erlaubt- und gantz unverfängliche Einsehung des Lehens nicht in der Absicht genommen, um zwischen dem Herrn Vasallen und denen Lehends-Unterthanen über die angebrachte Gravamina selbsten zu cognosciren, und zu sprechen, sondern dieselben nach Befund der Sachen, von denen denuntiirten und in der That sich geäusserten Verdruckungen derer Unterthanen abzumachen, und bey dessen Verwindschlagung, nach Anlaß derer Lehen-Rechten, sowohl wegen Mißbrauch und Deteriorirung

des

des Lehens, als Verneinung dessen Qualität, ad caducitatem feudi, coram Paribus curiæ zu agiren 2c. Quasi vero hoc nach Befund der Sachen die Gravamina abzumachen, non esset de querelis subditorum adversus Dominum cognoscere, postea vero Pares curiæ convocare, non esset idipsum, quod priora verba injustum pronunciant. Et quasi non hoc modo quæcunque demum causa ad forum feudale deferri posset, deteriorationem feudi aut aliud simile prætexendo. Nunc vero cognitionem de ejusmodi Casibus, cum feudales non sint, ad Dominum feudi non pertinere, adeoque eos coram judice ordinario, ubi alias Dominus à subditis conveniendus, ventilandos esse, Schrader. *de feud. Part.* 10. *Sect.* 2. Rosenthal. *de feud. c.* 12. *Concl.* 1. 4. *n.* 24. *Concl.* 12. *n.* 54. Schilter. *Juris feud. Alemann. c.* 10. §. 8. Beat. G. A. Struv. *Syntagm. c.* 16. §. 4. Dn. B. G. Struv. *Jurisprud. Feud. c.* 22. §. 3. Horn. *Jurisprud. Feud. c.* 25. §. 1. Dn. Fleischer. *Inst. Jur. Feud. c.* 22. §. 2. aliique plures, ex limpidis Juris Feudalis fontibus demonstrarunt, licet de hoc speciali casu ibi mentio nulla. Quis enim omnes? Qualis ergo hujus conaminis futurus sit exitus, per se patet.

§. IV.

Fati sumus de Electore Trevirensi, nunc ad Serenissimum *Palatinum Electorem* Oratio deproperat. Prætendit hic in Vasallos suos omnes & singulos, *privilegiatam Jurisdictionem*. Jurisdictionem inquam, vi cujus hi adigi possint, tam in personalibus quam in realibus, licet ipsi cætera sint immediati, coram regimine suo accusati causam dicere, nisi, quod aliqui addunt, judicia Imperii Regimen Serenissimi Electoris prævenerint. Hæc diu magnos motus dedit. Primum disceptata Friderico III. IV. & V. in rebus humanis agentibus, cum Palatini Nobilitatem immediatam Palatinatus Landsassiatui subdere conarentur, sed quod facile sentis, incidenter tantum. Nostra & patrum memoria, majores inde turbæ natæ. Primum enim in causa Auerbach contra Helmstadt anno superioris Seculi 1681. & 1683. tam Serenissimus Elector de Jure suo docere, quam etiam Nobilitas illud impugnare, impressis hanc in rem Deductionibus fate-

 git.

git. Postmodum hoc ipso Seculo in Sachen Leiningen (intellige Westerburg) contra das Churpfältzische Hofgericht zu Heidelberg diu in Camera disputatum, num Curiæ Aulicæ Jurisdictio in Westerburgios fundata sit, necne? Tandem vero Illustrissimum Wetteravicorum Comitum Collegium rem adeo seriam judicavit, ut scripto proprio nomine exhibito Wetzflariæ interveniret, cujus copiam leges apud Illustrem auctorem *Anonymum* des vorläufigen doch gründlichen Berichts vom Adel in Teutschland *p.239.seqq.* Verum hoc tantum præludium eorum fuit, quæ postea acciderunt. Serenissimus enim Elector modernus, cum Illustrissimum Comitem ab Erbach-Reichenberg, nunc Erbach-Erbach, Georgium Wilhelmum, diversis vicibus Jurisdictioni privilegiatæ subjicere tentasset, tandem hic ad Judicium Camerale se convertit, atque in tantum prævaluit, ut non attentis Palatinis Exceptionibus, sententiis victricibus potiretur, quas Prob. XV. legis. Et Cameræ Imperiali equidem mens fuit, his ipsis Privilegiatam Jurisdictionem penitus redigendi ad nihilum, quod tamen fieri non potuisse Serenissimus Elector ideo contendit, quia de privilegio Cæsareo, cui Jurisdictio, de qua sermonem miscemus, innitatur, nemini nisi Cæsari cognoscere integrum sit. Existimat ergo Jurisdictionem suam hodieque inconvulsam, unde fortassis haud abs re fuerit, argumenta tam pro Jurisdictione hac privilegiata, quam contra eam in medium allata, oculis tuis subjicere. Quod cum hic satis commode fieri nequeat, Francisci de Bonarota, Consiliarii Aulici, litteras hac de causa ad me scriptas, Num. XVI. subjicio, qui licet à partium studio vacuus non sit, argumenta tamen utriusque partis, satis probe congessit. De meo judicio si quæras, ἐπέχω, neque de Serenissimi Electoris, neque etiam de Illustrissimorum Comitum (quos præcipue hæc tangit arena) Jure aut injuria multa præfari ausus, cum utramque partem venerer, Domui autem Rhingraviæ ab ea nondum aliquid fuerit periculi, potius de ea ne verbulum quidem unquam, quamdiu gens Illustrissima floruit. Hoc unice dico, fundamen ultimum Jurisdictionis sæpe dictæ, privilegium esse de non evocando, cujus effectus adeo late patere credatur. Reliqua nihil ad me.

§. V.

§. V.

Qualem *Illustrissimus Comes Hanoviensis*, vi privilegiorum suorum de non evocando, Jurisdictionem in Nobiles territorii sibi arroget, Deductio Jurium, kurtze jedoch gründliche Nachricht, was es vor eine wahre Bewandnus habe, mit demjenigen Rescripts- und Commissions-Procefs, welcher am Kayserlichen Reichs-Hofrath von 1705. her rechtshängig ist, zwischen der Löbl. Mittel-Rheinischen Ritterschafft in der Wetterau als Impetranten, eines, sodann dem Hochgräflichen Hauß Hanau Müntzenberg als Impetraten ꝛc. andern Theils *p. 28. seqq.* exponit, ubi privilegium Sigismundi 1434. daß seine **Manne, Burgmanne, Dienere, Burgere,** ꝛc. und ihr Gut, hinfüro von keinem Fürsten, Geistlichen oder Weltlichen ꝛc. fürgeladen, geheischen, angesprochen, beklagt, bekümmert, oder geurtheilet werden sollen, Auctor Nobilissimus eo interpretatur, quasi hoc ipso Jurisdictio in Nobiles data fuerit. Secutum hoc aliud Friderici III. 1449. ubi seines Haußgesindes, Ritter, Knecht, Diener, Burger ꝛc. mentio, necnon tertium Maximiliani I. de ejus Dienern, Lehenmann, Maximiliani II. itidem, de Haußgesind, Ritter, Lehenleuth, Diener ꝛc. loquens, & præterea disponens, daß wer gegen sie klagen wolle, ein solches thun müsse, allein vor ihnen den Grafen zu Hanau, oder ihrem Hofgerichte, und gegen alle ihre Güther, an den Enden und Gerichten, wo dieselben Güther gelegen sind. Gemina his sunt, quæ idem gloriosissimus Imperator 1570. Confirmationi privilegiorum Sigismundi & Maximiliani I. adjecit, apprime sane pro causa Hanoica, quod ejus parastatæ ajunt, facientia, Jurisdictionemque eo concedentia tempore, quo jam in necessitatem abierat, ut nullus Jurisdictionem cui semel subjectus declinare, aut aliam in se propagare posset. Eo magis vero robur huic dispositioni inesse Hanoici credunt, quo magis certum, ante privilegia Cæsarea, ordini Equestri concessa, hæc Hanoica impetrata, ut adeo Juri quæsito, novis concessionibus, hoc certe ævo, non derogari potuerit. Quid contra hæc Nobilitas immediata ego non vidi, erunt tamen satis multa. Adeoque nec judicium interpono, non audita parte altera.

§. VI.

Ad *Rhingravios* deveni; Hi itidem privilegio fori gaudent, Maximi-

ximiliani I. clementia 1495. concesso, & 1629. renovato, quod Lunigius Reichs-*Archiv Spicileg. Secul. Tom. 2. p. 1923. & 1925.* edidit. Quod ipsum vero, ultra Jura communia, supra tradita, extendi non solet. Fuit autem olim vetus non evocandi observantia, vi cujus Nobiles Vasalli quicunque, etiam extra limites territoriorum Rhingravicorum sedentes, non alio in loco conveniebantur, atque in judicio Aulico Kyrnensi. Instituerant hoc Judicium Philippus lineæ Dhaunensis & Johannes VII. lineæ Kyrburgicæ auctor, loco ejus judicii, quod olim in aula sua ipsi exercuerant Rhingravii. Invenio eo in loco Nobilissimos immediatorum Jus reddidisse, usque ad bellum tricennale, quo tempore ipsum judicium Aulicum collapsum, adeoque à Jurisdictione cessatum est. Vera tamen de temporibus anterioribus me prodidisse, docebit Extractus Actorum sub Num. XVII. cui magno numero extantes supplicæ & integra Acta, in talibus causis agitata, addi possent. Neque hodie, si occasio nascatur, judicium suum, cujus exercendi inde usque facultas oblata non fuit, supersessuros esse Rhingravios, opinor; ne præscriptione, quæ in talibus causis nulla est, nec etiam ulla Lege in contrarium faciente. Quæ enim à Nobilitate afferuntur privilegia, Imperialis Caroli V. & sequiorum Imperatorum Majestati debita, quibus ipsa ab omni Statuum Jurisdictione se exemtam jactat, ad Rhingravicam Jurisdictionem in Vasallos non pertinere vel inde constat, quia non modo Jura Statuum legitime quæsita inibi excepta, verumetiam Actus, post privilegia Cæsarea, ad morem anteriorem quiete exerciti, Confessionem quandam eliciunt, nec Augustissimi Imperatoris, nec Nobilitatis mentem fuisse, dicta privilegia eousque extendere. Quæ licet ita sint, nostro tamen Seculo, Nobilitas Rheni Inferioris, haud dubie antiquitatis ignorantia eo adducta est, ut sua membra, Rhingraviis Vasallagio addicta, Jurisdictionem Dominorum Directorum minime decere, arbitraretur. Insinuata hujus ergo Rhingravicæ feudali curiæ Mandata Cæsarea, quæ sub Num. 18. & 19. adjunxi, adversus omnis ævi observantiam, sub- & obrepta. Domus contra Illustrissima, licet Observantia Jurisdictionis in Vasallos suos universali tutissime niti posset, potius tamen in Celsissimo Judicio Aulico demonstrandum suscepit, casum qui in præsens vertitur

pagi

pagi feudalis Huffelsheim, contra Bosios de Waldeck, varias tam in Ecclesiasticis quam Politicis patratas turbationes concernentem, etiam abstrahendo à generali usu ita comparatum esse, ut Vasallo Jurisdictionem optime fundatam eludendi minime copia sit. Nimirum villa Huffelsheim, Wildgraviorum antiquum patrimonium, Bosiis de Waldeck, levissimas, (si famæ communi credimus) ob causas, in feudum donata, nunquam pinguiore Jure usa est, quam ut Superioritati Territoriali & Jurisdictioni Rhingravicæ, penitus subjecta maneret. Non erit de hoc dubium, si chartam Agnetis de Waldecke Probat. 20. lustrare libuerit. In ea enim Rhingravii vocantur die Gerichts-Herrn. Nunc autem Rerum Germanicarum peritis satis notum, quid sibi velit verbum Gerichts-Herr, (*) imo si quem verus verbi sensus lateret, satis docere posset, *Speculi Saxonici Glossa Jur. Feud. c.65. fol m. 149. b. ex edit.* Zobelii: Und derhalben so sol man auch einen jeglichen Richter Herr heissen in seinem Gericht. Und das meinet er hie da er spricht, seine Mann: Dum ergo Agnes de Waldecke Rhingravios vocat Gerichts-Herrn, eos Dominos territoriales pronunciat, & Vasallos tantum judices delegatos. Æqualis vero hæc vox est τῷ Richter, quo in antiquis Documentis Huffelsheimensibus, Rhingravius affici solebat. Jam autem quis ignorat, τὸ Richter, ævo antiquiore, Dominum territorialem indicare? Provocabimus tamen imperitiorum causa ad *Speculi Saxon.* Landr. *Lib. 1. art. 28. ejusd. art. 58. itidem Lib. 2. art. 37. in gl. eod. Libr. 2. art. 71. Libr. 3. art. 54.* ubi videre est, judicem cluere Dominum territorii ab Imperatore investitum, Juribus Confiscationis, bonorum vacantium, atque aliis Superioritatis indicibus, præditum. Hinc etiam descendit, ut sub

(*) *Scio quid in Saxonia denotet hoc verbum* Gerichts-Herr, *ubi semper opponitur* dem Gerichts-Verwalter, *adeoque non alium, quam Vasallum ipsum, signare potest. Vid.* Beyer. Delin. Jur. Germ. Lib. 1. c. 4. §. 14. seqq. & Lib. 1. cap. 19. §. 15. *Hoc vero si sit, tunc Dominus investiens vocatur* Erb-Herr. *Verum hæc omnia ad nostrum casum non pertinent, ubi Dominus directus* der Gerichts-Herr. *Nisi forsan dicere velis, Vasallum hoc in casu obtinere personam* des Gericht-Verwalters, *cui non repugno.*

verbo Gericht intelligatur omnis Superioritas Territorialis, de quo Ockel. *de Palatio Regio p.* 59. Besold. cum Wehnero *Thesaur. Pract. voce*: **Gericht & Gerichts-Zwang**, necnon Idem Besold. *de Statu Reipubl. Subalternæ p.* 67. *seqq.* Rudinger. *Singular. Observat. Cent.* 2. 68. Idem *Controvers. feudal. c.* 15. 16. Wesenbec. *Vol* 4. *Consil.* 95. *n.* 19. *seqq.* Vultej. *de feud. Lib.* 1. *c.* 5. *p.* 95. *seqq.* aliique bene multi. Inde autem de Superioritate Territoriali Rhingravica, in vico Hussels-heim satis constare existimo, à qua Judicium in Vasallum exercendum, pleno alveo fluit. Qui enim Superioritati Territoriali suppositus, isne Judicium Domini declinare posset? Minime putarem. Et hoc quidem tantum abest, quin patrum memoria defugerint Bosii de Waldeck, ut potius præter creberrima Exempla, in Actis judicialibus adducta, anno 1671. & 1677. exsertis verbis in Beyl. 21. & 22. agnoscerent. Valde inepte ergo nunc ab eo quod Juris est, quodque semel placuit, Cæsareorum privilegiorum obtentu recedi vult, cum hæc sane Augustissimus eo nunquam extendere velit, ut ex mediatis immediatos reddere, atque diu ante privilegia observantia obtenta, ad nihilum redigere debeant.

§. VII.

Hinc vero rectus ad *Nobilitatem immediatam* gradus. Gaudet illa aut privilegio Judicii equestris in prima instantia, ubi illud obtentum, aut Austregarum, vi dispositionis Cæsareæ. Semper tamen excepta Jura aliorum quæsita. Dixi de eo sæpius. Monui vero etiam hoc, Nobilitatem privilegia eo interpretari, ut aliorum Juri radicato deliquium creare debeant. Quam recte id fiat, Jura communia docent. Quoties vero de eo quæritur, num hoc vel illud membrum coram Imperii Judiciis summis aut etiam Cantone suo, num vero, coram Domino feudi, aut alio ex observantia Jurisdictione fruente conveniendum, Juris & injuriæ lapis Lydius hic est, respiciendum esse ad Leges speciales, in quoque Cantone equestri auctoritate Cæsarea conditas, eumque pro penitus exemto habendum, qui ante illas latas, alterius Jurisdictioni addictus non fuerit. Cum ergo Suevica Nobilitas 1560. Leges Speciales condiderit, à Fer-

à Ferdinando I. confirmatas, ad ejus Exemplum ſe Franconica componens, 1590 novam ordinationem, ab Imperatore ſimiliter confirmatam confecerit, his Nobilitas Rheni Superioris anno 1652. 2/3. April. Ordinatione compoſita ſe conformem reddiderit, nemo facile in decidendis caſibus obvenientibus hæſitabit. Hactenus de perſonis ad Nobilitatem ſpectantibus ipſis. Ad bona in territorio ſita quod attinet, illa quidem ei ſubtrahi non poterunt, niſi antiquitus exemta fuiſſe probentur. Statum enim in Statu, ex qualibet agri particula aut terræ gleba formare velle, abſonum eſt. Vid. Dn. Auctor des vorläuffigen Berichts vom Adel. *p. 11. ſeqq.* & *Deductio Hanoica ſupra cit. per tot.* Nec plura hic locus fert. Abunde autem in univerſum dictum putamus, quod aut obſervantiæ Juris non evocandi, aut Legum de eo ſtatuentium, aut privilegiorum illuſtramento ſubſerviat.

CAPUT VI.

Recenſus caſuum ab Obſervantia non evocandi, privilegiis & Jure Imperii communi de non evocando exemtorum.

SUMMARIA.

1. *Caſus ubi Status è prima inſtantia devocantur.*
2. *Generalia de caſibus exceptis ubi evocare licet. In omnibus Statuum terris valere ſuo modo caſus exceptos.*
3. (1) *Reſervata pro ratione circumſtantiarum varia fora.* (2) *Reſervatum ſemper forum feudale.*
4. (3) *Reſervatus caſus protractæ vel denegatæ juſtitiæ.*
5. (4) *Querela nullitatis.* (5) *Cauſæ fiſcales.* (6) *Cauſa fractæ Pacis publicæ.*
6. (7) *Bona immediata à mediato poſſeſſa.* (8) *Mutatio domicilii ubi lis cœpta.* (9) *Defuncti repræſentatio in herede.* (10) *Continentia cauſæ.*

7. (11) *Quando Judices subalterni inter se diffident.*
8. (12) *Casus testimonii in summis Imperii Dicasteriis reddendi.*
9. (13) *De prorogatione Jurisdictionis.*
10. *In decidendo observanda consuetudo loci ex quo evocatur.*

§. I.

Audivisti Juris esse communis, non licere Germanos à prima instantia evocare. Nunc casus ab hac generali Lège exceptos discere juvabit. Exordiamur ab ipsis *Statibus Imperii reliquisve immediatis*, qui Austregas in Ordinatione Camerali concessas fruuntur, beneficium quasi aliquod primæ instantiæ, à qua evocari nequeant, constituentes. Hic sane multi casus sunt, queis Austregæ cessare debent, novissime PerIllustri Viro Georg. Melch. de Ludolff Cameræ Assessori, *Comment. System. de Jure Camerali Sect.* 1. §. 3. *seqq.* longo ordine recensiti. Non ergo cum liber in omnium sit manibus à me postulabis, quo amplo censu defungar, in re omnibus quidem notissima, attamen ambigui usus. Civitates Imperiales præterea judicio amicabili inprimis uti assolent, de quo Uffenb. *de Judicio Aulico p.* 157. *seqq.* cui tamen nec ipsi semper deferri solet. Restat, ut ad alia accedamus.

§. II.

Præcipue hujus loci sunt causæ, *quare privati è prima instantia evocari queunt.* Ob has vel evocantur è prima instantia patrimoniali Nobilis cujusdam, vel alterius Domini Jurisdictionis, à Statu Superioritate in omnes prædito, vel è territorio Status, à Summis judiciis Imperii. In utroque casus reservati fere eodem modo se habent, unde de iis junctim dicemus. Et certe generalis Regula hæc erit, quam ob causam judicia Imperii causas privatorum è territoriis Statuum, ob eam multomagis Status è Jurisdictione delegata aut patrimoniali provincialium Statuum, evocare poterunt. Sed priusquam ad ipsas causas deveniamus, satisfaciendum inprimis eis, qui in terris Electorum, nullos plane casus reservatos adgnoscere, animo

mo agitant. Agmen heic ducit Illustris Ludewigius Guld. Bull *Tom.* 1. *p.* 780. & 787. *Tom.* 2. *p.* 24. qui nullum præter casum denegatæ justitiæ, imo ne hunc quidem, si recte attendas, admittit. In eum modum enim ille: Ohngeachtet nun die Aurea Bulla, einzig und allein des falls verweigerten Rechtens gedencket, so suchen doch andere auch noch andere Fälle auszudrucken, in welchen das Privilegium de non appellando, oder auch non evocando, keine statt habe; Als (1.) bey Verbrechung des Landfriedens, und (2.) des Kirchen-Friedens, (3.) wann das Urtheil null und widerrechtlich, (4.) in denen Strittigkeiten, deren Beurtheilung niemand als dem Kayser alleine zukommt, von welchen Umständen allen andere weitläufftig gehandet haben, als Rumelinus *ad A. Bull. Part.* 2. *tit.* 11. §. 1. *v.* 14. *sqq.* wie auch vor ihme Arumæus *ad A. B. h. loco.* der von diesen angeführten Cameralisten nicht zu gedencken. Wobey ich nur dieses erinnere, daß nachdem gleichwolen der Churfürsten ihr Recht älter, als die meiste übrige nachhero erst ausgenommene Fälle sind; nachgehends der Churfürsten Privilegia und Freyheiten allen andern Privilegiis vorgehen; nächstdem auch die A. B. hieselbst nur des einigen Falls verweigerter Justitz gedencket; Endlich gewiß zu glauben, daß obgleich die Churfürsten auch andere Fälle mit genehm gehalten, sie dannoch selbes nicht sich selbsten, sondern nur andern Ständen vorgeschrieben wissen wollen; ich denenjenigen nicht zu antworten wüste, welche vorgeben, daß dergleichen ausgenommene Fälle auf das Privilegium der Churfürsten gar nicht gezogen, sondern nur von denen schlechten Fürsten, welche die Privilegia de non evocando & de non appellando hierinnen leichtlich mißbrauchen können, verstanden werden möchten. At nemo non pervidet, has rationes plane ficulneas esse, aut tamen eodem modo ad reliquos privilegiatos etiam pertinere, ut adeo vel inde concludendum, haud diversum fore Electorum Jus. (1.) enim ad antiquitatem casus excepti sive privilegii non respiciendum, verum potius ad naturam rei, Evocationes necessitate quadam inevitabili fere imperantem. Alias, si ad antiquitatem respicere velles, euge quæ inde oritura esset confusio? Wormatia antiquius de non evocando privilegium habet atque Serenissimus Elector Palatinus, huic ergo civitati, si sola antiquitas respicienda, adversus Evocationes cautum esset, cum contra Electori

sufferendum, suos in reliquis præter personalia, Wormatiæ Jus reddere. (2.) Electorum privilegia reliqua omnia anteire, ita ut v. g. privilegium civitatis concurrens cum Electorali hoc ipso cesset, nemo facile crediderit. Ipsos quidem Electores prærogativa dignitatis ornatos, omnes affirmabunt, singula autem privilegia, iisdem verbis atque aliorum expressa, prærogativa aliqua afficere velle, magna foret turbarum in imperio materies. (3) Omnibus ferme privilegiis eadem clausula inserta, ut tamdiu nemo evocari possit, quamdiu justitia in loco domicilii non negata; nec tamen privilegiati, ab evocationum casibus reservatis, si res poscat, aut se eximunt, aut, si velent, tuti existunt. (4.) Ipsi Electores Serenissimi nunquam asserent, Leges quibus ferendis ipsi præsentes fuerunt, alios tantum, non se quoque stringere, nec id, Juris Majestatici Legum ferendarum in Germania habitus, credere sinit. Imo cum Juris de non evocando cessationem, natura rei plerumque exigat, nemini hærebit dubium, cum hoc argumentum proferretur, de Exceptionibus non satis fuisse cogitatum. Erit ergo in hoc æqualis omnium Statuum Imperii conditio, ut cæteris paribus, solius dignitatis causa, non magis à casibus reservatis unus privilegiatus sit atque alter, nisi fors specialis obstet observantia, quam semper & ubique excipiendam, res ipsa suadet.

§. III.

Nunc ad causas, quæ mediatos evocari posse, efficiunt. Ubi (1.) obiter monemus, nisi, (quod supra dixisse meminimus) privilegium speciale non evocandi ad hos casus directum, vel generalissimum obstet, forum *delicti*, *Contractus*, (quando nimirum quis in loco delicti aut Contractus reperitur,) necnon *rei sitæ*, (ubi videlicet subditus convenitur ratione possessionis vel proprietatis rei quæ alibi sita est,) vincere forum domicilii, cui alias quis subjectus. Non opus est, ut de hujus Regulæ explicatione solicitus sim, cum Zangerus *de Except. Part.* 2. c. 1. *à num.* 107. *usque ad* 311. de ea latissime disseruerit, præterea vero in hoc etiam ceteri cuncti Exceptionum Scriptores, desudarint. Adjicio his Commentatores ad Auream Bullam antiquiores, inprimis Rumelinum *Part.* 2. *Dissert.* 1. §. 10. 11. 12. 13. qui, & reliqui omnes, id dedere operam, ut Jus Civile in Commentariis

Digitized by Google

mentariis suis quam maxime excolerent. Hinc (2.) ad *forum feudale* me converto, quod semper & ubique exceptum. Qui enim Vasallos habet in alieno territorio, Jurisdictione feudali in eos gaudet, quod ad causas feudales, etiam extra alterius cui subjecti sunt territorium exercenda, si Doctoribus fides. Videtur sane pro eorum sententia facere textus expressus *A. B. c. 11. in fin.* ubi hæc verba: *Si vero tales Electorum Principum Vasalli & homines ab aliis etiam Archi-Episcopis, Episcopis, sive Principibus similia feuda possident & larem fovent in illis, extunc si iidem Archi-Episcopi, Episcopi vel Principes ab Imperio bannum habent & privilegium duella coram se agi permittere, apud illos agat de talibus.* (*) Consentiunt etiam Goldast. *de Bohemia l. c.* Henr. à Ro-

(*) *Non agnoscit hunc Epilogum Exemplum Reipublicæ Francofurtensis, nec reliqua Latina Exempla, præter id quod Wenceslaus Rex scribi curavit, apud* Thulemarium de Bullis cap. de immunitate Principum Electorum. *E Germanicis nec Viennense nec Francofurtense ab eodem auctore in lucem protracta, bene tamen Moguntinum, quod vulgato Corpori Recessuum Imperii insertum cernimus. Unde de ejus ἀιθεντία magna lis.* Dn. de Ludewig Aureæ Bullæ Tom. 2. p. 56. seq. *spurium cum* Limnæo ad A. B. p. 448. *pronunciat, genuinum contra* Buxtorf. ad A. Bull. p. 305. & Goldast. de regno Bohem. Lib. 4. c. 13. n. 24. p. m. 683. *Pro νοθεία rationes hæ illi afferuntur:* Weilen weder das Franckfurther *Exemplar*, noch meine vor König *Wenceslao* genommene Abschrifften, solche Schluß-Rede nicht haben; selbige nachgehends auch die allerälteste Ubersetzer der *A. B.* ausgelassen; über dieses dergleichen Schluß weder nöthig, noch dem *Stylo* und Schreib-Art des Verfassers der *A. B.* gleich ist, am allerwenigsten aber vermuthet werden mag, daß Kayser *Wenceslaus* diesen Schluß-Satz, mit denen Ständen des Reichs überleget haben würde ꝛc. ꝛc. *Et verum omnino est, quod jam dixi, Exempla antiquissima hoc Epilogo carere. Attamen ea apud me est Exempli ab ipso Wenceslao profecti auctoritas, ea editionis Germanicæ, (jam 1527. ex speciali Caroli V. jussu à Petro Trachio Sculteto Spirensi Recessuum Imperii Corpori insertæ, adeoque diu ante Wenceslai Exemplum è Bibliotheca Cæsarea Sacrariis protractum editæ,) fides, ut plane*

à Rosenthal *de feudis c.* 12, *Concl.* 1. *n.* 25. Schrader. *de feudis Part.* 10. *Sect.* 1. *n.* 202. Buxtorff. *ad Aur. Bull. Conclus.* 94. *Lit. A. p. m.* 305. Struv. (*Senior*) *Obs. Feudal. ad Syntagm. c.* 16. §. 4. *p. m.* 103. inprimis vero Johannes Meichsnerus *Decis. Cameral. Tom.* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 12. & Wehner. *Tom.* 6. *Symphoremat. Gylmanni p.* 5. qui Meichsneri verba refert. Rationem generalem hanc adducunt, quod Jurisdictio feudalis omnes alias excludat. Sed hoc est id, quod erat in quæstione. Tutius ergo fortassis Legem Publicam unice sequemur. Ratio tamen, me Judice, præterea in observantia collocari posset, quia Domini Territoriales nunquam subditos suos prohibuerunt, de caussis feudalibus apud Dominum directum, quem ita vocant, Jus reddere. De eo etiam superest, verbo jam tacta quæstio, num Dominus directus subditi alterius Status privilegiati alibi Judicium exercere possit, atque in territorio ejus, cujus subditus cluet Vasallus? Asserunt, negant, inprimis vero hic consideranda observantia Brandeburgica circa feuda hujus domus in Austria sita, de qua Dn. Struvius *Diss. de Dominio Directo in alieno territorio p.* 57. *Qui clientes*, inquit, *quemadmodum in caussis feudalibus coram Dominis dirigentibus non possunt non sistere; ita Burggravii Noribergenses, ob immunitates Austriacis concessas, ne Vasalli in Austria habitantes, extra territorium accipere cogantur, specialem Curiam feudalem, ab ipsis solis dependentem constituerunt, quæ hodiernum usque in diem, in concatenata serie continuata fuit, atque servata.* Quin vel sic inconvulsa est Jurisdictio feudalis, in Vasallum alterius subditum, isque evocatur è foro suo territorialis Domini ordinario. Caven-

---

plane certus sim, Wenceslai tempore ejusmodi interpretationem usualem invaluisse, aut Lege Publica statutam esse, quam is, more illo ævo recepto, Exemplo suo adjici curaverit, ut adeo hoc respectu pars Aureæ Bullæ videri queat. Nonne enim Authenticæ, Imperatoria auctoritate Codici insertæ, pars Codicis habentur, licet post sexcentos annos & ultra accesserint? Nonne Saxonico Speculo aut Suevico postea agglutinata pars eorum censentur? Et tamen hic tanti excitantur motus! Imo numne nihil valebit, Caroli V. Cæsaris quam supra tetigimus approbatio, qui ex certa scientia, quod ajunt, Exemplum hac clausula infectum præ aliis in corpus Recessuum recepit? Sed hæc ὡς ἐν παρόδῳ.

Digitized by Google

Cavendum autem sedulo ne fortassis existimemus, hocipso subditum Vasallum, à Jurisdictione Domini territorii in aliis etiam causis eximi; neque enim Domino Directo ulla Jurisdictio, nisi ea, quæ concernit ipsius feudi qualitates, & quæstiones ex iis ortas. Exacte cognosci id poterit ex iis, quæ Brandeburgicæ domui in feuda sua Austriaca licere Dn. Struvius *cit. loc. p.* 58. exposuit, Exemplis vero & rationibus pluribus deduxit, Vir olim eruditissimus Antonius Matthæi *de Jure gladii c.* 15. *p.* 270. *seqq.* Conferri quoque meretur Perillustris Dominus de Bunau *de Jurisdictione feudali*, inprimis *cap.* 6. Et hæc instituto suffectura credimus.

§. IV.

Succedit (3.) *casus protractæ vel denegatæ justitiæ*, qui si accidat, nec à summis Imperii dicasteriis, nec à Statibus in territorio, primæ instantiæ aut non evocandi privilegium attenditur. Excipiunt sane hunc casum quem dixi, omnes Leges Publicæ, omnia privilegia, quæ unquam Imperatores elargiti sunt. Dispositum etiam de eo *C. O. C. Part.* 2. *tit.* 1. §. 1. *& ead. Part.* 2. *tit.* 28. *integr.* quinimo *R. I. Noviss.* §. **demnach auch Klagen fürkommen ꝛc.** 163. Processus vero ipse, usquedum ad evocationes devenitur, multas habet ambages. Primum decernuntur Promotoriales, inde sæpenumero denuo Promotoriales, in quibus tempus præfigitur, intra quod Judex inferior Justitiam administret, quod si incassum labatur, causa devolvitur ad Cameram. Conferatur huc Dn. de Ludolf *Comment. System. Sect.* 1. §. 11. *p.* 156. *Sect.* 2. §. 3. *p.* 264. Blum. *Processſ. Cam. tit.* 37. Roding. *Pandect. Camer. Lib.* 1. *tit.* 15. *R. I.* 1600 §. 27. Vidimus tamen & hunc terminum exspirasse, postea vero demum disputatum esse, num denegata aut protracta fuerit justitia? Difficillimæ enim id est probationis. Nullus vero, si negata aut protracta justitia probetur, ab evocationibus est exemtus, nec ipse Rex Bohemiæ. Goldast. *Tr. de regno Bohem. Lib.* 4. *c.* 13. §. 19. Gail. *Lib.* 1. *Pr. Obs.* 28. Gryphiand. de Weichbild. *c.* 60. *n.* 18. In territoriis autem Statuum hic Processus est, ut si quis de negata justitia conquestus, Landsassius moneatur, si nec tunc justitiam administret, Commissarius ei adjungatur, aut causa plane ab eo evocetur, docente Seckendorf.

Fürsten-Staat *Part.* 2. *c.* 9. §. 2 *p.* 254. Alium vero & breviorem modum, in terris Brunsuicensibus haud dubie usitatum, suppeditat von Löhneys, Hof-Staats- und Regier-Kunst *Part.* 3. *c.* 25. *p.* 427. ubi ita: Weiter so jemand von den Gerichten, so in den Städten besetzt, oder die Städte selbst haben, desgleichen von des Adels und der Dörffer Gerichten, so die Gerechtigkeit versaget, oder gefährlich verzogen würde, oder dieselben Richter aus gnugsamen Anzeigungen parthevisch und verdächtig wären, oder aus andern Ursachen das Recht nit erlangen könte, der oder dieselbe mögen vor dem Hof-Gericht um Ladung suppliciren und bitten, doch daß sie darneben auch glaubwürdigen Schein und Anzeig denegirter Justicien zugleich beybringen, darauf Ihm oder Ihnen, durch den Hof-Richter und Beysitzer die gebettene Ladung erkandt und mitgetheilet werden sollen, doch sofern der oder dieselbe zuvor gnugsame Caution und Sicherheit mit Bürgen und Pfanden thun, daß da sich die Sache anderst dann angezeigt erfünde, sie dem Beklagten Kosten und Schaden derhalben aufgangen, ausrichten und bezahlen wolten. In Belgio quid obtineat, Simon van Leeuwen *Cens. Forens. Part.* 2. *Lib.* 1. *c.* 21. *n.* 33. & *c.* 22. *n.* 23. *seqq. p. m.* 85. Voet. *ad ff. Lib.* 5. *tit.* 1. §. 143. Grœnewegen *LL. abrogat. Lib.* 3. *Cod. L.* 13. & *Novell.* 53. exponunt, quorum prior refert, Terminum quatuordecim dierum accusato statui, intra quem justitiam administret, quo elapso, justitia non reddita, causa ad superiorem devolvatur. Nec dissimilem observantiam in pluribus Germaniæ territoriis esse autumo. Circa officiatos autem, regiminibus & Cancellariis subjectos, non adeo multum scrupuli, ubi statim, (apud nos quidem) si talis querela incidat, causa evocatur, ita tamen, ut non jure conquestus, finito Processu mulctæ subjaceat. Consule hic Churpfältz. Hofgerichts-Ordnung 1. Theil 2. Titul §. 7. & 8. ubi evocationes hoc in casu absque monitoriis permissæ, mulcta vero omittitur.

§. V.

(4.) Certo modo huc pertinet, *querela Nullitatis*, si per modum simplicis querelæ apud superiorem proponatur. Tunc enim probata nullitate causa ab ovo tractatur, cum idem sit, aliquid non factum, & non rite factum. Admitterem hic distinctionem inter sententiam inju-

injustam & iniquam; ob injustam nullitatis simplex querela locum habebit, si nimirum monstrari possit, contra claram Legum literam judicatum; ob iniquam contra semper appellandum, quod si non liceat, Deo ultori committenda reliqua. Licebit ergo Judici Superiori in dicto casu sententiæ injustæ, Citationem in prima instantia decernere, etiam adversus talem, qui alias ex privilegio Domino præstito, ab Appellatione fuisset securus. Huc quoque inclinare videtur Ludewig *ad Aur. Bull. Tom.* 1. *p.* 787. Excipienda tamen fortassis hic observantia Saxonica. In universum hujusmodi evocatio magnas cautiones requirit. (5.) *Causæ fiscales* evocationibus Superiorum locum faciunt. Hæ variis auctoribus descriptæ, Rumelino *ad A.B. Part.* 2. *Dissert.* 1. §. 15. Blumio *Process. Camer. tit* 30. Rodingo *Lib.* 1. *tit.* 8. Dn. de Ludolff *Comment. System. Sect.* 1. §. 6. *p.* 53. *seqq.* Unde vanus labor foret, decies dicta huc transferre. Potius placet, ad hos & *Ordinat. Camer. Part.* 2. *tit.* 20. remittere. (6.) Cessat privilegium *in causa fractæ Pacis Publicæ* aut religiosæ, aut profanæ. Admitto id de Austregarum Privilegio atque reliquis primæ instantiæ immediatos concernentibus, de mediatis vero admodum dubito. Neque id solum me movet, quod hodie Citationes auf den Land-Frieden in causis mediatorum plane decerni desierint, cum noverim, ne in causis immediatorum quidem, varias ob rationes, has Citationes admodum frequentari; verum hoc potius, quod videam, jam olim Principes pacem Imperii Publicam, quando eam Publici Juris faciebant, suæ tantum cognitioni servasse, atque in temeratores se unice animadversuros adjecisse. Illustre Exemplum Bavariæ habeo, ubi Wilhelmus & Ludovicus Duces, in der gemeinen Landpot, Land-Ordnung, Satzung und Gebrauch des Fürstenthumbs in Obern- und Niedern Baiern im funfftzenhundert und sechzehenden Jahr aufgericht. Gedruckt München, Montag nach dem Sonntag Judica in der Vasste im funfftzenhundert und zwantzigsten Jahr. Fol. post Publicationem Pacis Publicæ, prout ea 1498. Wormatiæ coiit, hæc adscripserunt: Wir wollen auch aus Fürstlicher Obrigkeit solchen Austrettern, Beschätigern, und andern dergleichen Ubelthätern und ihren Helffern Enthaltern und Fürschiebern, die in unsern und andern Landen, niederzuwerffen und zu erobern mit allem Fleiß nachstellen, und so sy betretten, oder auf Verglaytung, wie obstet, zurecht wieder in das Land kommen, und von des

entleibten Freundschafft nit angeklagt würden, alsdann nach Gestalt irer Mißhandlung selbsten anklagen, rechtvertigen, und an Leib und Leben straffen lassen. Objicis, Bavariæ Duci semper in terris suis omnia fere Jura Majestatica fuisse nec eandem reliquorum auctoritatem; Concedo; attamen non major hujus atque alterius in Leges Imperii auctoritas, ut contra illarum præceptum, casus in quibus ejus Judicia summa cum Dominis Territorialibus concurrunt, sibi privative vindicare posset. Nec id eo certe Seculo Bavarus unquam fuisset ausus. Quid ergo? Potius, ea quæ *in O. C. Part. 2. tit. 9. C. O. C. Part. 2. tit 10.* necnon inprimis **Ordn. des Landfr. zu Wormbs** 1521. §. 7. disponuntur, eatenus mediatos concernere existimo, si Dominus territorialis, in cujus territorio aut delictum commissum, aut vero cujus Superioritati, delinquens in loco delicti non deprehensus subjectus est, justitiam administrare insuper habeat, cujusmodi casus erunt rarissimi. Profecto hodie aliud sentire non admittit, præsens Rerum publicarum Germaniæ subalternarum conditio. Non ergo necessum ut de Bohemia cum Goldasto *Lib. 4. Bohem. c. 13.* §. 21. *p.* 681. de Austria cum Arumæo *Disc. 5. ad Aur. Bull.* §. 12. de Burgundia cum Mylero *ad Rumelinum Aur. Bull. Part. 2. Diss.* 1. §. 14. & Dn. Kemmerich *sæpe laud. Dissert. de non evocando* §. 17. *not. disputemus*, cum Jus commune Imperii Statibus ipsis cognitionem arroget, neque subditos, Pacis Publicæ violatæ reos, evocari sinat. Imo nisi hoc credere velimus, maximum absurdum inde sequetur. Quid enim hoc est, Dominus territorialis, quando de fracta pace agitur concurrit cum summis Judiciis Imperii & præventioni est locus, ita tamen, ut Statum declaratio in Bannum, Cæsarem vero Executio maneat? Di boni quid audio! Vosne Viri Eruditissimi Judicem inferiorem cum superiore hodiernis adhuc moribus concurrere, aut vero plane superiorem, inferioris Executorem esse crederis? Par sit necessum est, qui Judicii Aulici aut Cameræ cognitionem prævenire vult, is vero qui nudam habet Executionem, necessum est subjectus sit illi, qui cognitionem exercuit, cujusque adeo jussus exsequitur. Statum singulum autem, aut Cæsari parem, aut vero eo plane superiorem, nemo profecto dixerit. Quam absona ergo Virorum Eruditorum mens sit, jam patet. Et tamen in illa hæresi hærent plerique ad Rumelin. Mylero adducti, *l. c.* in hac vero inprimis Carpz. *de Lege Regia c. 9. Sect. 10.*

p. m.

p.m. 229. *seqq.* Praxi Saxonicæ innixus, cui tamen hodie nullus amplius locus. Viderunt nimirum Viri sui nominis, cognitionem de crimine fractæ Pacis in **Landfr.** 1495. §. von der Uberfarer des Friedens Enthaltung, necnon *O.C. l. c.* Cameræ injungi, contra vero hanc ipsam Statibus in Provinciis suis nullibi abrogari, potius **Landfr. zu Wormbs** *art.* 7. §. 3. actori liberum relinqui, wa er den andern beschuldigen, und yne des weisen wolt, daß mög er vor dem Keiserlichen Camergericht, auch an ordentlichen Gericht, dahin solch Sachen gehören, thun und fürnemen, daselbst ym auch fürderlich verhelffen werden solle. Inde vero cum se expedire non valerent, natæ illæ lacrumæ! Hi sane longe satius de alia conciliandi formula cogitassent, quæ ipsa facillima est, si verba Legum inspexissent: Doch mag und sol nit destminder unser Camer-Richter und Camer-Gericht alzeit auf anrufen der Beschedigten oder Bekriegten, oder auch von Ampts wegen, wieder die Uberfarer und Friedbrecher, wie recht, procediren. Hic enim legis, Cameram suum officium præstare aut imploratam, aut vero ex officio, si eo opus. Non vero implorabitur, nec officio opus, si Dominus territorialis læso satisfaciat, nec justitiam neget, aut temere protrahat, uti supra declaravimus. Dilucidius vero omnia expressa *in cit.* **Landfr. zu Wormbs** *art.* 7. §. 2. Und als fürter in gemeltem Articul des Landfriedens begriffen, daß der Churfürst, Fürst, Prelat, Graff, Herr, Ritterschafft oder Stett, den oder des Namen (recentiores editiones legunt Mannen, uti etiam vetus nostra 1527. in **Landfr.** 1495. non vero hæc discrepans lectio alicujus est momenti, cum τὸ des Namen dicere velit, in des Namen) Prelaten, Graven, Herrn, Ritterschafft, Unterthanen oder Verwanten Schaden beschehen were, solicher That beschreiben, und für sich vertagen sollen und mögen, und aber biß her solcher Artickel von den ParthEyen ungleich verstanden, also das die Verdachten, auch der Churfürsten, Fürsten, Graven, Herrn, Ritterschafften oder Stetten, oder der Unterthanen oder Verwanten Schad beschehen ist, nit haben wöllen erscheinen, vermainende, des vor ynen als Sachwaldern nit schuldig zu sein, deßhalb dan zwischen den Partheyen weiter Irrung und unsers Landfrieden Zerrüttung entstanden, darumb und solchs zu fürkomen und deßhalb lauter Verstentnüß zu machen, so haben wir mit Wissen Rat und Willen Churfürsten, Fürsten und ander Stend dieser Versamlung, declarirt, geordnet und gesetzt, declariren,

 mainen,

mainen, ordnen und setzen, hiemit das hinfür solch beschreiben und vertagen von den Churfürsten, Fürsten, Prelaten, Graven, Herrn, Ritterschafft oder Stett, den oder des Verwanten oder Unterthanen Schad beschehen wer, die verdachten der That oder des zusehens und zuschiebens wie obgemelt, vor yr NB. verdachten (1) **ordenlich Richter**, (2) **unser Kaiserlich Camer-Gericht**, (3) **oder uns, oder** (4) **unser Stathalter und Regiment** welches dem beschedigten ebent beschehe, und daselbst die Entschuldigung laut desselben Artickels, des Landfrieden genomen werden sol. Es sollen und mögen auch wir oder unser Statthalter und Regiment oder unser Camer-Richter hinfür auf Anrufen der Parthe yen oder aus aigner Bewegnuß und von Ampts wegen solch beschreiben und vertagen, für sich fürnemen und thun, und die Entschuldigung nemen. Sensus hic est: In tali casu primo ordinarium Judicium adeundum, postmodum vero aut Cameram, aut Cæsarem ipsum, aut Regimentum, Elective, wie es dem beschedigten ebent, eum enim in modum cuncta capienda esse, sequens §. es sollen &c. in luce collocat, ubi imploratio post Jus non redditum aut talis casus requirunt, ubi ex officio Processus decernere opus. Id genus ergo termini si defiant, salva semper prima instantia, nec evocatio fit, quod etiam verba Ducum Bavariæ, supra indicata, magis declarant. Hæc omnia si inter se contenderis, certus opinor de sententiæ meæ veritate existes. Imo si dubitare pergas *inspice modo cit.* **Landfr.** 1521. *art.* 8. ubi §. 1. Statibus injungitur: Es sollen auch solch Theter und Friedbrecher nyemant hausen, herbergen, etzen, trencken, enthalten/ fürschub thun in seiner **Oberkait, sunder dieselben** (scil. gefänglich) annemen und zu ynen mit dem Ernst von Ampts wegen richten, und auff meniglichs Clage rechts ungeseumbt von ynen helffen &c. uti & postea §. 3. subditis, sich ordenlichs Rechtens **vor yrer Herschafft** benügen zu lassen. Hoc vero quid est aliud, quam in prima instantia coram Domino Territorii Jus reddere? Ego sane nescio quid veritas sit, si hoc non est. Neque etiam terrent plurima, contra hanc conciliationem olim exercita Actuum Exempla, cum JurisConsultus me docuerit, *non tam spectandum esse quid Romæ factum, quam quid fieri debeat, L.* 12. *ff. de officio Præsidis.*

§. VI.

§. VI.

(7.) Progredior ad actiones, *rem sitam immediatam* concernentes, ubi Jurisdictioni Summorum Imperii Judiciorum statim locus, licet reus sit mediatus. Acciperem id cum grano salis, si privilegio de non evocando careat reus, ad normam supra c. 4. dictorum. Hoc autem præsupposito, Exceptio huc non spectabit, cum mediatus ratione bonorum immediatorum sit immediatus, adeoque non evocetur. (8.) De eo nulla lis est, quod Evocationes tum generaliter obtineant, *quando subditus, coram Ordinario suo conventus, medio tempore aliud forum habere coeperit*, tunc enim, ubi actio pendens est, usque ad finem prosequenda. *L.* 19. *ff. de Jurisdiction. L.* 7. *ff. de Judic. L.* 30. *ff. eod.* Imo cum hæc adhuc una eademque lis, citatio vero facta jam sit, proprie loquendo, cum Citatio prima tantum evocet, Evocationem hic fieri, ne dici quidem poterit. Sed confer Rumelin. *l. c.* §. 20. Idem Jus existimo, si quis forum contractus aut delicti in foro domicilii nactus alio se proripuerit, & ibi sedem fixerit, tum enim licet magnæ intercesserint moræ, forum quasi agnitum censebitur. (9.) *Heres defunctum repræsentat, adeoque nullo suo proprio privilegio excusatur, quominus ibi defendendus sit & conveniendus, ubi defunctus debuit.* ait Ulpianus *L.* 19. *pr. ff. de Judic.* Verum hæc Repræsentatio, (si ultra Jus Commune quis privilegiatus existat,) apud nos tamdiu durat, quamdiu cernendæ hereditatis causa primitus in aliud territorium se transtulit, & inde ablata maxima hereditatis parte, nondum abscessit. Postea enim quam hoc factum, etiamsi ob debita hæreditaria conveniatur, eum ibi Jus redditurum existimo, ubi domicilium habet. (10.) *Continentia causæ* considerari meretur, vi cujus quando plures rei diversis Jurisdictionibus subjecti, v. g. si alter mediatus alter immediatus, non secus mediati atque immediati, statim in prima instantia, ad summa Imperii dicasteria evocari queunt. Sed non vacat rem omnibus notissimam propinare.. Adeundi Roding. *Pandect. Camer. Lib.* 1. *tit.* 17. *cap. singulari de continentia causarum.* Blum. *Prax. Camer. tit.* 40. & Dn. de Ludolff *l. c. p.* 23. præ reliquis autem *Conc. O. C. Part.* 2. *tit.* 9.

§. VII.

§. VII.

(11.) Non absonum est cum Voetio *ff. de Judiciis* §. 142. & 143. statuere, tum etiam Judicium Superius Evocationibus summo Jure uti, *quando duobus judicibus subalternis, contrariæ in eadem causa sententiæ inveniuntur*, satis enim apte dici non potest, utramque pro parte dimidia valituram. *Arg. L. duobus* 30. *ff. de Liberali causa.* Quid enim, si duo tribunalia Mevii & Titii condominorum in Utopia, unum pro Sejo actore, alterum pro Sempronio reo litem daret, sane parum interforet, an judex inferior in Justitia administranda moras nectat, an vero id quod decrevit, ob contrarium alterius, pari potestate præditi decretum, non possit exitum habere. Utroque enim casu, Jus litiganti redditum non esse, in aperto est. *Responsf. JCtorum Holland Part.* 5. *Consil.* 39. Æquissimum ergo, Evocationem judicis Superioris, controversiæ finem imponere. Ulterius laudatus Voetius *l. c.* Evocationem licitam concludit, si inter bigam Judicum inferiorum, Jurisdictio Criminalis litigiosa existat, & tamen crimen aliquod puniri, necessitas exigat; idque *l. c.* §. 71. magis confirmat: Verum in Germania hoc satis difficilis erit applicationis, nisi tantum de duobus Landsassiis litigantibus, intellectum velis. Notum enim, Summa Imperii Judicia Criminali avocatione haud uti.

§. VIII.

(12.) *Quoties testes* in causis coram summis Imperii Judiciis pendentibus *audiendi*, subditos absque litteris requisitorialibus è territoriis Statuum devocari atque examinari à Commissario posse, ajunt plurimi: Ruland. *de Commissar. Part.* 1. *Lib.* 5. *c.* 3. *n.* 25. Arumæus *ad A. Bull. Discurs. V. v.* 11. Andr. Gail. *O. Pr.* 91. *n.* 7. & *Obs.* 100. *n.* 1. Græven *ad Gail.* 1. *Concl.* 98. *Consid.* 1. Rumelinus ibique Mylerus *ad A. Bull. Part.* 2. *Diss.* 1. *n.* 22. Goldast. *de Regno Bohem. Lib.* 4. *c.* 15. *n.* 29. p. 684. Rationum loco adducentes, (1.) probationum facultatem non angustari, sed ampliari, eique pinguius subveniri debere, ne veritas occultetur. *L.* 13. *in fin. C. de hæreticis. L.* 2. *in pr. vers. necessitate*

cessitate C. de rebus creditis, (2.) in occulto mansuram veritatem, si evocatio non permittatur, unde (3.) observantia Evocationes, si vero illæ non permittantur, Mandata S. C. ferat. At sunt etiam haud pauci, in omnia alia euntes, de observantia nondum constare, & decerni quidem Mandata S. C. sed sine effectu existimantes, cum nulla idonea possit dari ratio, cur non requisitione prævia, si requisitus mores non nectat, æque bene veritas à testibus examinandis haberi queat, atque si immediate evocentur. Non ergo esse, cur Statuum Jurisdictio turbetur, atque ab alio actus ad eam pertinens in subditum exerceatur, quodipsum non ferant mores nostri Seculi. Confer huc Knichen. *de Saxon. non provoc. Jure c.* 3. *n.* 86. 87. Carpzov. *de privil. Saxon. de non appellando c.* 2. §. 29. Illustr. Dn. de Ludolff *Comment. de Jure Camerali* §. 3. *p.* 267. *Sect.* 2. Illustr. Ludewig Guld. Bull. *Part.* 1. *p.* 780. Dn. Kemmerich. *de privilegio de non evocando* §. 18. Meum non est tantos componere fluctus, licet si dicendum quod res est, pro Evocationibus summorum Imperii tribunalium afferri possint plurima, aliis non notata. Tutissimum erit in hac controversia ubique observantiam sequi, quæ minimum intuitu Saxoniæ, requisitorialibus utendum, docebit. Et hactenus de Summis Imperii Judiciis. Domino contra territorii, testimonii dicendi ergo, Evocationis è terris Statuum Provincialium, simpliciter Apanagiatorum, aut vero nude delegatorum Jurisdictionis ambitu permissas esse statuerem cum Dieterico *ad Aur. Bull. tit.* 11. *p.* 64. Huc enim omnes illæ Leges quadrant, quas alias ex Jure Romano contra Status, pro summis Imperii Judiciis facere, sibi persuadent. Nimirum *L. Deprecatio* 9. *ff. ad L. Rhodiam de jactu & L. bene à Zenone C. de quadrienn. præscript.* Fortassis tamen & hic observantia nonnullibi aliter.

§. IX.

(13.) vero Exceptionem, *quando* nimirum *subditi Jurisdictionem extraneam prorogant*, nostris non convenire moribus, certissimum est. Ad Jura enim subditorum id non amplius pertinet, quippe qui necessitate quadam, certo judicio addicti sunt. Consentiunt Goldastus *l. c. n.* 33. Buxtorff. *ad Aur. B. concl.* 94. *lit. A.* Schrader. *de feudis Part.*

10. *Sect.* 1. *n.* 201. Rumelinus *ad A. Bull. Part.* 2. *Dissert.* 1. *p. m.* 113. & 228. Freundeberg. *in Corollar. post Tr. de Rescriptis Morator. Sect.* 4. §. 5. cum cit. Dn. de Ludewig. *ad A. Bull. p.* 777. Dn. Glafey, Dn. Kemmerich, & Dn. Stryk. integris Dissertationibus, ubi citatorum vide cumulum. Neque hic distinguerem, an conventio de prorogatione vergat in præjudicium Domini territorialis, necne? ut hoc casu permissa, illo vero vetita sit; Semper enim restabit quæstio, an non omnis propagatio Jurisdictionis, ejus cedat despicatui. Et ita quidem existimarem. Cæterum si quis se nihilominus obligaverit, & in loco illo ubi Jurisdictionem se agniturum repromisit inveniatur, nec etiam privilegio de non evocando tutus existat, recte Judicem fori semel placiti contra eum decernere, supra ostendi. Num vero Domino territorii, in quo degit prorogans, haud licitum sit, domum reversum mulcta aut alia pœna, ob turbatum Jurisdictionis ordinem afficere, ego non explicuerim. Aliud sane in Statibus Imperii ejusque membris, quibus per Compromissum in summum aliquod Imperii judicium Austregas negligere semper liberum, ex ea ratione, quia Juri pro se solis introducto, semper renunciare possunt, quod in subditis secus, qui expresse vetantur in Cameram compromittere. *Conc. Ord. Camer. tit.* 29. *pr.* Hactenus de casibus Evocationi patentibus.

§. X.

Antequam verò finiamus, & hæc quæstio movenda erit, utrum judex evocans, consuetudinem loci à quo Processus evocatur, an vero dicasterii sui quod evocat, in decidendo isto Processu spectare debeat? Et rationis est, spectari consuetudinem loci, à quo Evocatio facta. Sicut id in Imperio extra dubium. Obtinere vero hunc in modum etiam in Belgio, post Brodeau *in Addit. ad Lovet. Lit. C. n.* 42. affirmavit Christinæus *Decis. Cur. Belg. Vol.* 5. *Decis.* 214 *in fin.*

CAP.

CAPUT VII.

De Citatione ſive Evocatione Judicis incompetentis.

SUMMARIA.

1. *Diſputant an incompetenter citatus comparere minimum & de incompetentia docere debeat necne?*
2. *Auctoris ſententia.*

§. I.

DIximus hactenus quis evocare poſſit, quis non poſſit? Quid vero agendum, ſi Judex incompetens nihilominus evocare velit? Tum plane non comparendum eſſe, aliqui definiunt, moti inprimis verbis *Aureæ Bullæ Tit.* 8. *ſi contra privilegium quiſpiam citatus fuerit, comparere, vel in judicio reſpondere, minime teneatur.* Verum hic caſus, fors in Bohemis plane ſpecialis eſt. Nihilominus ex eo Ludewigius *ad Aur. Bull. Tom.* 1. *p.* 780. & Dn. Kemmerich *ſæpe cit. Diſſert. de non evocando* §. *ult.* evocatum minime comparere teneri, concludunt. Contra eruditiſſimus ſuo ævo *Auctor.* der nothwendigen Erinnerung auf die Donawörth. *Information p.* 132. *ſeqq.* Mylerus *ad Rumelin. A Bull. Part.* 2. *Diſſert.* 1. §. 6. & ab hoc larga manu excitati uno ore produnt, etiamſi citatus forum declinare poſſit, adhuc tamen judicem accedere debere, ut hocipſo ſciat, an cauſa aut perſona, ad ejus Juriſdictionem pertineat. *per c. ſignificaſti,* 18. *X. de foro compet. L.* 5. *ff. de judiciis. L.* 40. *ff. de teſtamento militis. L. ult. C. de excuſat. vet.* alioqui privilegium, & beneficia inde pendentia amitti. *L.* 7. *C. de appellat.* quia videatur ſpernere auctoritatem Prætoris. *L.* 2. *ff. ſi quis in Jus vocatus.* Mediam quandam viam incedere volunt cum Carpzovio *ad L. Reg. German. c.* 9. *Sect.* 5. *p.* 220. Gambſius *in triga privileg. Argent. n.* 51: aliique plures, hoc aſſerentes, comparendum evoca-

to esse, si de casu dubio aut nondum notorio quæstio incidat, *per R. I.* 1570. §. 71. Secus vero, si privilegium aut Lex prohibens sint notoria, tum enim sufficere solam in scriptis allegationem. Mynsing. *VI. Obs.* 3. Gail. *Lib.* 1. *Obs.* 31. Notorium vero tum fieri existimant, si Lex in omnium Notitiam venisset, aut privilegium Cameræ insinuatum, & ab hac pro insinuato acceptatum sit. Utrumque enim requiritur. Roding. *Pandect. Camer. Lib.* 1. *tit.* 16. §. 5. 6. Id. *tit.* 20. §. 63. *seqq.* Quid vero, an ideo etiam ad tertii cujusdam Notitiam pervenisse dicendum, si Cameræ insinuatum? De Camera certe ipsa nil dubietatis. Et concluderent fortassis hi, etiam tertii ad Notitiam pervenisse existimari. Huic vero tu quidnam responsurus esses, si nihilominus ignorantiam obtenderet, atque Cameralem Notitiam cum sua nil commune habere asserens, executione procederet? Ego sane nescio.

§. II.

Si ergo & meam Symbolam addere convenit, existimarem, Leges Publicas, perpetuo usu servatas, & notoria desuetudine non inumbratas pro se adducere valentem, comparitione, imo productione etiam in scriptis, non opus habere; singulare contra privilegium de non evocando, Judicio Aulico & Cameræ Imperialibus esse insinuandum, ad eorum etiam, contra quos maxime impetratum Notitiam, insinuatione vel alio modo deducendum, alias vero, ni hoc factum, semper minimum per scriptum comparendum, atque de privilegio docendum esse. Ni enim id fiat, judici vitio verti haud poterit, si tamdiu in consueto tramite procedat, donec contrarium doceatur. Add. Gail. *Lib.* 1. *Obs.* 31. *pr.* Mynsing. *Cent.* 2. *Obs.* 9. & Roding. *locis cit.* Si vero Judex non inspecta notitia pergat, tum superior Judex adeundus, qui eum per viam mandati pœnalis coerceat. Add. Bocken *ad Blum. tit.* 25. §. 16. Et in hoc quidem desinemus, nil quod de Evocationibus dici possit, restare existimantes.

F I N I S.

CON-

CONSPECTUS CAPITUM.

1. *Evocationum Etymologiam, Homonymiam, Synonymiam, earumque apud Romanos usum examinat.*

2. *Proponit usum Evocationum in Germania antiqua & media.*

3. *De prohibitis hodiernis moribus Evocationibus, partim generali Lege, partim Legibus specialibus & conventionibus, partim etiam privilegiis de non evocando, sigillatim concessis.*

4. *De vi privilegiorum de non evocando, ultra concessionem Legum primam instantiam stabilientium, deque interpretatione, Concursu, & cessatione eorum in specie.*

5. *Recensus casuum, ubi Jus de non evocando, ultra communem privilegiorum aut Juris Publici sensum, vel extenditur, aut minimum extendi voluit.*

6. *Recensus casuum, ab observantia non evocandi, privilegiis & Jure Imperii de non evocando communi, exemtorum.*

7. *De citatione sive Evocatione Judicis incompetentis.*

Probatio I. ad pag. 1394.

Extractus Chronick der Stadt Magdeburg / scriptæ à Monacho quodam CIↃCCCLVIII. qui vices Archigrammatei gessisse videtur.

NAch GOttes Geburt MCCCLVIII. wurden die Burger vor des Keisers Hoffgericht gefordert / **und es was zuvor niemals gehört worden**, und das geschach darum / nachdem die Burger Neue Gadersleben erkaufft hatten / do sochte sie die Eptissin von Gerenrode ahn / und sprache ein Theil des Hausesginge von Ir zu lehen / das sie doch bey 40. Jaren nie in Gewehr gehabt / und die Burger boten Ir um Friedens willen XC. Marck / der Bischoff widderriet Ir das / desgleichen der Dechant zu Sanct Nicklaus / und als die Sache der Burger mit den Dienstmannen zur Vereinigung was / do wolten sie der Eptissene nichts geben / unnd sie hett wol weniger die Zeit genommen / und der Herzogk bat vor die Eptissen / und die Burger geben Jr von wegen des erkauften Hauses das sie ansprach / und der Herzogk hatte Bevehl vom Keiser der Eptissen das Ire zu erlangen / und sie schützenn / die Burger bathen Frist und Zeit sich zu bedengen / auch bathen sie den Herzogk um Rath / und erbeteten mit der Eptissin sich zu vertragenn / der Herzogk zogk davonn / und die Eptissin übergab dem Herzogen ihre Gerechtigkeit / dieselbe Jhr einzumanen die sie an dem Hausse hatte / der Herzogk sprach die Magdeburgischen ahn / und wolt von wegen der Eptissen sein Theil habenn / und erboth sich ihr Freund zu sein / man sagte die Zeit / der Bischoff hette die Sache also angebenn / und geschehe aus seinen Rathe / die Burger batenn den Bischoff / das er Jhrentwegen handelt / mit dem Herzogk / sinen Schweger / und mit ime beschaffen wolt das er Jnen Jhr Haus liesse / und der Bischoff bemühet sich in der Sache / und bracht durch Bitt zuwegenn / das die Burger dem Herzogen soltenn 100. Marck geben / und er solte wiederum den Burgern leyhenn / die Gerechtigkeit / die er an dem Huse hett / und solte sie an andere Herrn nicht weisen / der Herzogk zogk zu des Bischoffs Hof / vorklagt die Burger / ließ sie vor das Keisergericht forderun / und die Heischung Keiserlicher Bevehlhaber was des Inhalts:

Wir

Wir Beck Hertzogk von Falckenbergk des Römis. Keisers Carlen Königs zu Behemenn Hofrichter enbiete Euch Ratsmeistern und gantzenn Gemeine der Stadt Magdeburgk/ das Jr dem hochgebornenn Fürstenn Rudolff von Sachsen uf den ersten Tag nach Jacobi Antwordt vor Gerichte uf die erste Klage/ die er wider euch wirdt anstellen / und so ihr nicht kommet / gleichwol richten wir euch wie es recht ist. Gebenn zu Salbach am Abendt Corporis Christi, vorsiegelt mit des Hoffrichters Insiegel.

Nach GOttes Geburt MCCCLVIII. die Magdeburgischen erstlich hielten sie die Ladung vor nicht / vorachtens / jedoch zeigten sie es Irem Bischoff an / dieweil er in der Sache gehandelt / der Hertzogk folgte seiner Klage / und der Hofrichter schickte in kurtzer Zeitt einen andern Brief über die von Magdeburgk / des Innhals

Wir Beck Hertzogk von Falckenbergk des Römischen Keisers Carlen / Königs zu Böhemenn Hofrichter gebiete von Gerichts wegen / und Gewalt des Keisers / das Herr Gerenn von Beieren unverzegklichenn / unde ane Wegerungk einführen soll / den hochgebornen Fürstenn und Herrn / Rudolff Hertzogenn zu Sachsenn / und in der Magdeburgischen erkaufft Schloß einweissen/ auch In alle Ir Gut do gelegen/ umb zehen tausendt Marck/auch solt Ir einweissen in der Gemeine Gut zu Magdeburgk uff sehs Wochenn/ mit Rehte/ den Güttern ohne Schaden. Tut ir das nit so richten wir gleichwol nach Gerechtigkeit. Des zu Urkund gebenn wir In diesen Brieff, versiegelt mit des Hofgerichts Insiegel.

Diesenn Brief brachte Gere von Beieren denn Magdeburgischen Sonnabendt nach Bartholomei / und zeigt ine darneben an seinen empfangenen Bevehl / die Burger antwordten Im / es geschehe inen Gewalt und Unrecht/ und baten Herrn Geren / das er niemands in ir Gut weissete / und so ers darüber vornehme / wolten sie sich an seinem Gute wieder erholen/ und so jemand in jr Gut zöge / den wolten sie besuchen. Und die Stadt forderte zu Hauff die gelertesten vorstendigsten Burger der Stadt / die des Rechten erfaren warenn/ und fragten die umb Rath / was sie thun soltenn / die antwordten und gaben den Magdeburgischen iren Herren den Rat / das sie des Keisers Gerichte nicht fliehen solten, besunder / damit nit ander Gewalt vorgenummen, sie möchten sich mit irem Wiederteil in das Recht bege-

Digitized by Google

begeben uf das sie vor dem Reich nit verunglimpf, dan so einer Jhar und Tagk in des Reichs achte aber Verdamnis ist / der verleust sein Gut und Recht. (Adde Sachsen Spieg. Landrecht *Lib.* 3. *art.* 34.) Das zeigten die Burger dem Bischoff an / das er diese Uneinigkeit wolt helffen schweigenn / baten sie Jhn / unndt uf das viel Unkost / schwere Zerung vormiedenn / erboten sie sich dem Rate des Bischoffs zu folgenn / und er handelte die Sache dahinn / das die zu Magdeburgk dem Herzogen zwei hundert Marck geben soltenn. Und do also das solt in Schriffte verfasset werdenn / wolt der Herzogk sein Zusage nit halten / und die Burger beschlossen / das sie sich mit Recht wehrenn und aufhaltenn woltenn / gebrauchten der Rechtsverstendigen Hülffe / und fundenn in des Sachsen Rechte (*) das man unbillig mit inen gehandelt / gebrauchten auch zum Ratte Herman von Ovespelt (**) einen vorstendigen erfarnen Juristenn / der gab inen Rat / das sie in des Keisers Gerichte soltenn schickenn / und fragen um gemein Urtell / (***) und solten also fragen lassen / Erstlich ob auch ein Rich

(*) *Notabis hic usum Speculi Saxonici, quem nonnulli in terris Magdeburgicis negare assolent. Mirabere vero qui fieri potuerit, ut neglecto Jure patrio peregrinum reciperetur, nisi id nimium Caroli IV. & sequiorum Imperatorum augendæ rei Romanæ Studium effecerit.*

(**) *Sistit se tibi insignis Juris Saxonici Doctor cujus ætas hucusque ignota, opinor autem eum plane unum eundemque esse cum illo Hermanno* ab Osfelde, *qui Cautel. & Premitz. ad Speculum Saxonicum composuit. Vid.* Dn. Struv. Historia Juris p. 466. seqq. & Dn. Gærtner. Præfat. zur neuen Edition des Sachsen-Spiegels Cod. & MS. 4. impresso 1. *Fors etiam ei non minima pars Glossæ Speculi Saxonici debebitur, utpote in ea regione confectæ.*

(***) *En Tibi antiquos judiciorum Germaniæ mores, vi quorum Judex, interrogantibus commune Decretum de Jure reddere tenebatur, quo ipso multæ ambages præcisæ, quibus nostris moribus Justitia tantumnon obteritur. Emanabant vero hujusmodi communia Decreta, Judice interrogante, Assessoribus de Jure respondentibus, quorum decisio parti petenti in scriptis concedebatur, uti id rerum Germanicarum periti notissimum.*

Richter über besessen namhafftige Leuth, Gewalt habe zu richtenn / die in dem Landt zu Sachsenn wohnen, das der Keiser über alle nicht zu tun recht noch fug hat; Zum andern ob auch Jemandt die Sachsenn vor Gericht mag ford.rn das auch nit geschehen soll / dann clerlich zu befindenn / das den Sachsen unrecht ist geschehen / dann Constantinus der Keiser und Silvester der Babst (*) satzenn das Recht / das man um eigen Gut nirgend sol antworten / dan in dem Gericht darinne es leit, darum solte der Hertzogk billigk hier zu Lande erstl.ch das Gericht besucht habenn; Die Burger zu Magdeburgk schicktenn Herman von Ofesvelt zu dem Keiser-Gerichte / zu erforschen des Hertzogenn Klage / und ob der Keyser in der Stadt bei Recht wolt bleiben lassenn / und ich zogk mit Jme / und wir kamenn an den Rhein zu Mentze / und warteten des Keisers / und er war zu Oche / und wolte kommenn / der Bischoff von Magdeburgk vormarckte das Legatenn zu dem Keiser geschickt warenn / darumb bat er die Sache gütlich zu handelnn / und zeiget den Bürgern ahn er hett Gewalte vam Hertzogen die Sache zu handelnn / und setzte einen Tagk an zu Wolmerstede. der Hertzogk als er das vornam / zog er zum Keiser / der Bisch.of tedigte / das der Hertzogk der Eptissen sole widerlassenn / Jhre Ansprach / und was sie an dem neuwen Gattersleben vormeint zu habenn / das sole die Eptissinn zu Magdeburgk inn das Gotteshaus gebenn / der Bischoff solte die Burger belehenn / und der Hertzogk sole nit ferner klagenn / noch sie in Ansprach nehmen / vor dem Rechte / und das dis geschee / solteun die Burger CCC. Marck gebenn / die Teidung schriebenn Uns die Magdeburgischen zu gehn Mentz / und der Bischoff schickte sein Botenn zu seinen Schwager /

(*) *Vid.* Sächs. Landr. Lib. 3. art. 68. seq. *de Constantino & Sylvestro; locus vero hic adductus extat* Lib. 3. art. 33. *Cui consonum est illud, quod Sigismundus Imperator* 1428. *privilegio cuidam Francofurtensi* (Privilegior. p. m. 271. edit. recent.) inseruit: das in allen Landen ein gemeyn Recht ist / wo ein yglich Gut gelegen ist / das man das dase.bs verteydigen soll. *Et tamen hoc jus commune sæpius migratum Imperatorum privilegiis. Vide si de eo hæsitas* Ludovici Bavari Privilegium Gelnhusanis 1333. concessum ap. Lunigium Reichs-Arch. Part. Spec. Contin. 4. I. Theil. p. 791. *ubi cives in foro rei sitæ litigare nolentes, cogi non posse, dispositum.*

dem Hertzogenn / das wusten wir nit / und in dreien Tagen konten wir zum Keiser nit kommen / zulest funden wir die Wege / das uns der Raht zu Menz mit inen nam / als sie zum Keiser giengenn / do empfieng uns der Keiser gütlich / und hies uns wartenn / und wolt unser Gebrechenn balt anhören / und unter des wart nach dem Hertzogen geschickt / undt als er kam / da rief man Uns vor den Keiser / unde Herman werdt die Sache angetragenn / do antwordtet der Keiser, er hette die Sach verstanden zuvorn / und ich fing ahn Latein zu redenn mit dem Keyser / der Keyser aber hies mich schweigenn / und und redet gut teutsch, hies uns auch teutsch redenn / dan er kont es wohl. Do batenn wir unser Notturfft / der Hertzogk antwordt / und batt denn Keyser / das er Uns nicht hörett / noch unser Bitte stadt gebe / darauf antwordten wir / Unser Herrn zu Magdeburk vortragenn und beygelegt mit den Burgern zu Magdeburgk / und dem Hertzogenn / das ist uns durch den Rath zugeschriebenn / und die Geschicktenn des Bischoffs habens dem Hertzogen auch angezeigt / da sprach der Hertzogk / er wüste nichts davon / und redet den Keyser an sagende / Herr Keyser ihr solle sie nicht hörenn / dann sie findt listigk / und fangenn euch mit Wordten / darauf sagten wir / daß wir boten und geschickten weren / und was uns bevohlenn, das richten wir aus / und ferner nichts und baten den Keyser / das er die Magdeburgkischen bey Ihren alten Rechte und Gewohnheit bleibenn ließe / do sprach der Keyser / **was seine Fürstenn in seinen Gerichten handeltenn / und erkentenn vor Reht, das solt bleibenn**, (*) und redten also viel einer umb den andern / darnach fingen die Hoffrichter in die Rede dem Hertzogen zu fallen / und als wir vormarcktenn / das der Keiser beschwert wardt / Uns zu hören / batenn wir Urlaub / des anderm Tages hat der Keiser ein Concilium mit den Fürsten / und wir kamen hinein / da der Keiser war / und do uns der Hertzogk sahe / stund er auf und nam den Keiser bei dem Arme / und ging mit uff und nieder / also das unser Botschafft verhindert wurde zuwerbenn / der Keyser zog hinwegk / und der Hertzogk beschützte des Bischoffs Botenn zu Magdeburgk / was er dem Bischoff zuschrieb / das wuste er wol / und wir zogen widderum heim / und diese Handlung ist geschehen in der Fasten.

Post longam intercapedinem.

Der

(*) *Agnoscis inde causas à Judicio aulico nonnunquam ad Consilium Sanctius eo ævo avocatas. Nisi hunc actum potius speciem remedii supplicationis dicere velles.*

Digitized by Goo

Der Keiser sprach / Ich erfahre daß die Burger nie gefordert worden / wie es billigk hette geschehen sollen / auch seind sie unbillig und one Schuld in die Achte getan / so sie doch ire Geschickten zu Menz gehabt haben / und haben nicht zur Antwurt kemmen mögen / dorzu seint Briefe ausgangen / das man die Magdeburgischen solt aufhalten / die doch zuvorn gelaitet / und Ihnen Sicherheit zugeschriebenn / und ich zeicht von meiner Herrn wegen ahn / wann die Magdeburgischen vor Keiserlicher Mayest. Gerichte / wie es üblich gefordert / das bißher nicht geschehen / und sie do soltenn gehört werdenn / so woiltenn sie als Gehorsame erscheinen, und sich wieder die Klage des Herzogenn mit reht schützenn / und die Burger von Magdeburg wolten ire Sache uff Keiserliche Mayest. gesatzt habenn / und das Reht; Der Graffe von Retz fraget abermals ob die Burger zu Magdeburgk / ihnen zur Graffschafft woltenn kommenn laßen / da antwortet ich als mir bevohlen war / die Burggrafschafft gehöret in das Gozhaus zu Magdeburgk / und geburt dem Bischoff zu verantwordtenn / kunt er nun das Ampt mit reht erlangenn / woltenn das die Burger zufrieden sein / da sprach der Herr / Herr ihr höret wohl / daß die Burger wenig um eurentwillen thun wollen / darauf antwordt ich / Herr / meine Herren zu Magdeburg wollen thunn / alles was sie zu reht zu thun schuldigk sein / und sie wißen das ihr wieder Recht nichts bitten werdet. &c.

Et reliqua.

Probatio 2. ad pag. 1401.

Excerptum ex Zornii Chronico Wormatiensi MS. ad an. 1408.

UMb dieße Zeit alß Peter Klemann noch ein Rathspersohn war / und doch schon heimlich mit seinen falschen Practicken anfing umbzugehen / hängeten sich an Ihn / die mächtigsten Haußgen[illegible] / Jacob Holdemunde / Wilhelm Bonne der Jünger / den man nennet den weißen Wilhelm / Nicolaus Nubeling / Richer Bonn / den man nennet mit der Naßen / und andere mehr / waren alle Schöffen an dem heimlichen Gerichte zu Westphalen / denn als die Sachen daß Peter Kronberger Burgermeister und die sechs Zehener des Raths

heffrig wieder sie waren / und ihnen gantz und gar nit verhengen wolten / daß sie die Burger von der Gemein ihres Gefallens schimpffirten / als sie vormahls offt gethan hatten / nahmen sie solchen Vortheill des Westphalischen heimblichen Gerichts an die Handt / damit sie alle diejenige so mit Worten und Wercken wieder sie wären desto leichter schweigen oder gar hinrichten konnten.

wie dann solches Klemann dem Cronberger offentlich / als er im Rath hefftig mit Wortten an ihn kommen war / getrauet / er müst um der Wort willen / die er jezt geredt / der Tag einen im Standt stehen / den er nicht gern würde stehen / das word von ihm darauf geredt / daß er ihne vermeint / Westphälischen Gerichts-Brauch nach lassen auffhencken / Alß nun die Haußgenossen die gemeine Burgerschafft mit solchem Gerichte sehr umbtrieben / und ihnen viel damit zu schaffen machten / sich auch hören ließen / daß sie allen ihren Haß mit solchen Auffsezen gegen den Burgern wolten Rechnen / da furen auch etliche von der gemeinen Burgerschafft in Westphalen / wurden Schöffen daselbst / erfuren auch wie man sich mit dem heimlichen Gericht müste verhalten / Nachdem sich aber viel seltzamer Händel / Uneinigkeit und Haß und Widerwillen derhalben unter der Burgerschafft erhub / dardurch ein Rath hefftig beschwert / beladen und verkleinert wurde / fragt er den Sachen nach / damit Er doch erfahren mögt / was für ein Gelegenheit umb dasselbig gericht wehre / aber kein Schöff darff daßelbig bey hoher Peen sagen und eröffnen. Und als sich ein Rath der Citation deßelben Gerichts gern hätt abgethan / und die dahin selbst hin citirt / für sich bescheiden / so wiederrieten doch daßelbig Ritter / Knecht und Haußgenossen die da Schöffen und doch der Statt noch ziemlich gewogen waren / auffs allerhefftigst / dann so sie deßen nicht würden müßig stehen / würden sie die Statt und Burger in solche grosse Mühe / Angst und Schaden bringen / welchen sie nimmermehr würden überwinden können.

hierauff schickt Peter Cronberger den Unterschreiber zu Wormbs auch in Westphalen / daß er Schöff wur[illegible] allein darumb / daß er deßelben Gerichts Heimlichkeit möcht erfahren / als er aber wieder zu Lande kam sagt er nichts / dorffts auch nicht thun / von des Gerichts Gelegenheit / sondern er mahnet treulich und fleißig / man solle die Sach nit übersehen / sondern sole ihr zuvor kommen / denn wo man solches nicht thet / so wird sich solcher Mordt und Auf-

lauff

lauff der Tag einst in der Stadt erheben / daß sie es nit wohl könten überwinden; Sie heit gute Freyheit von König Adolffen daß kein Burger den andern auswendig der Statt an kein Gericht heischen / laden / noch bekümmern solt.

Derselbigen solten sie mit Ernst nachsetzen / also möchte diesem Unrath gesteuret werden. da ließ ein Rath offentlich verbiethen / wo ein Burger oder Inwohner den andern ausserhalb der Stadt hiesch / lude oder bekümmerte / ohn eines Raths Bewilligung / den wolt man daselbe an seinem Leib und Guth abnehmen / denn die Statt dafür wohl gefreyet wär / also wird dieße Unrichtigkeith auch gestillet.

Von solchem heimblichen Westphälischen Gericht / schreibt auch Seb. Munsterus in seiner Cosmagraphy im 3ten Buch von Deutschland / fol. 1113. Item Johann Raw in seiner Cosmographia fol. 522. 523. schreibt vom heimblichen Blut-Gericht in Westphalen also:

das heimlich Blut-Gericht ist erstlich vom Kayser Carolo Magno aufgebracht worden / wie auch Munsterus daselbig meldet / und ist also zugangen / wie Carolus Magnus die Sachßen bezwungen / daß sie den Christlichen Glauben annehmen / und bey der Christlichen Religion also beständig zu bleiben / sich mit einem leiblichen Eyde verpflichten musten / hielten sie dem Kayser keinen Glauben / achteten keines Eydes / und fielen also offtmahls beydes von der Religion und auch von dem Gehorsamb des Kayßers ab / Summa es kostete grosse Mühe und Arbeit / die Sachßen im Gehorsamb zu halten.

da erfandt Carolus Magnus dießen Weeg / doch mit Recht und Bewilligung des Babsts Leonis Tertii, daß er hin und wieder heimliche Richter verordnete / die kein Mensch wißen oder kennen müste / es waren aber solche Leuth / die die Gerechtigkeit liebten / und niemand Gewalt und Unrecht thaten / denen gab er Gewalt / daß sie hin und wieder heimlich auf die Leuth acht haben solten und wo sie solche Gesellen vernehmen würden / die von der Christlichen Religion etwann wieder abfällig und wieder den Kayser aufrürisch werden wolten / und sonsten etwa solche Ding / so an Leib und Leben zu straffen wären / begangen hätten / solten sie Gewalt und Macht haben / dieselbigen ihres Gefallens ohne vorgehende Ladung für Gericht / Klag / Verhörung und Entschuldigung an die Bäume zu hencken / oder sonsten an ihrem Leib und Leben zu straffen. Und auf sol-

che Weiß wurden die Sachßen im Zwang behalten / dann man fandt hin und wieder weldtliche vornehme Leuth offt an den Bäumen hencken / und konnte doch Niemand wissen / wie das zugienge / biß man Nachforschung hatte / so befands sichs daß sie von der Christlichen Religion abgefallen / oder wieder den Kayser aufrührisch worden, oder sonsten anderer öffentlichen Laster schuldig worden waren.

Diß Recht hat man sonderlich also gehalten zwischen der Weßer und dem Rhein / in Westphalen / und man hats genennt das Vehem-Recht oder das Westphälisch Recht / den Nahmen soll es haben von dem Worte wehe mi / weil die Sachßen über dieß geschwindte Recht offt wehe mi geruffen haben / und soll wehem Recht so viel heißen / als wehe Recht / etliche nennen es das heimbliche Gerichte / dann die Schöffen so diessem Gericht vorgesetz worden / welche man Barisellos oder Veimaros zu teutsch vehem Herrn oder Conscios das ist wissende / nennete / haben ihre heimbliche und verborgene Satzung gehabt / nach welchen sie die Ubelthäter gerichtet, und die so heimlich gehalten / daß noch nie jemandes von ihnen weder umb Geldtes oder forcht willen etwas davon geoffenbahret hätte / sie auch selbst haben sich so heimlich und still gehalten / daß sie sich das geringste darvon nicht haben mercken laßen / sie seynd aufs allerstillest durch die Landt gezogen uff die Ubelthäter / wie sie thäten und Redeten / gute Achtung gegeben / und die so sie betroffen / vor ihrem Gericht verklaget / und ihrem Recht und Gebrauch nach bewehret / und überzeugt von dem / der des Todes schuldig befundten / vorurtheilet / und in das Blut-Buch eingeschrieben / darauff den jungen Schöffen die Execution und des Nachrichters Ambt zu verrichten befohlen / und ist also mancher der böser That schuldig geweßen / ohn sein Vorwissen ins Blut-Buch kommen / und wo er ergrieffen worden / hat er den Halß laßen müssen / ehe er was von seiner Verurtheilung erfahren hat.

Weil aber dieß heimblich Gericht nach der Hand offt mißbraucht worden / daß diese Schöffen haben weiter greiffen wollen dann sie gebühret / daß sie darüber offt unschuldige Leuth ihres Gefallens zum Tode verurtheilet / und umbs Leben gebracht / und darnach allererst erkennen laßen / ob ihnen Recht oder unrecht geschehen sey / hat die Hohe Obrigkeit auf dieße Ding ein Aufsehens haben und solchen Mißbrauch abschaffen müßen / besiehe hievon Aventinum in seiner Chronick Lib. 2. Cap. 85. und M. Johannem Pomarium in seiner Sächsischen Chronick fol. 13.

Pro-

Probatio III. ad pag. 1401.

Westphälische Handlung Jeckels von Meckenbach contra Schultheiß und Gerichte zu Aldenbamberg/ Juncker Melchior Adam vnd Ruprecht/ wie auch die Orth Weiler und Mertenstein.

ICh Wilhelm Hachenberch zor Nuwerstat ein gewärt Richter des heiligen Römischen Richs und ein Frigreve im Suderlande von wegen des Hochgeborn Durchluchtigen Forsten und Herrn Johans elste Son zu Cleve Herzogh zu Guylche zo dem Berg: Greve zu der Marckt zu Ravensberch und Katzennelebogen rc. myn gnediche leve Here und Stolhere. Don kunt allen Heren Fursten Hertzogen Graven, Fryheren Rittern und Knechten Ampluden Voegeden und Schultissen Burgemeistern allen fryen und Fryscheffen und sus allermallich vort war State hey sy dat ich up hude dach datum dys Brieffs den fryen stoyl zo der Nuwenstat onden vor der Portzen gelegen beclidet gespannender Banck und myt Frischeffen bes ssen hatte zo richten in eyme offenbaren hyligen Fryengerichtz rechte dar vur mich gekommen ist in eyn geheget Gerichte der erber Adams Son Jeckel von Meckenbach en echt recht Fryscheffen und en vollmechtich Cleger und Procurator von Clage wegen Adam Moller von Meckenbach und bat mich Willem Frygreve um eynen Vursprecher des ich ym gunte nach rechte des hilgen offenbaren Fryengerichtz recht so vragede der vurß Jeckel Adams Son durch synen gewunnen vursprechen mich Willem Frygreven vurß off mir icht kundig were dat ich Jorgen Ampmann zo Aldenbemberch und Schultessen und Scheffen zo Aldenbemberch eynen Warnungs-Brieff von syner Clage wegen beseget gesant hette is recht were des hilgen offenbaren Gerichtz rechte dies sy aller nit geachtet enhatten und vrogede mich vort off mir icht kundich were dat ich in demselben Warnunges-Brieve en eyne richliche verbordinge gedaen hette as rechte were des hilgen offenbaren fryen Gerichtz under konnicklicher Gewalt der Keyserlicher Fryenstoyle darup ich Willem Frygreve geantwurt haben Ja und dem vurschriben Jorgen Ampemann von Aldenbemberch und Schulteisen und Scheffen zu Altenbemberch eynen noyt dach gesetzt was des sy aller nit geachtet enhavent myt Bliek noch myt Scheyne as dyß Gerichtz recht were des ich Willem Frygreve bekennen

dat

dat dyssen und dem rechten also na gegangen is und darzo geburde. So bat der vurs Adams Son Jeckel mych Willem Frygreven bat durch eynen gewunnen Vursprecher dat ich ym im Gerichte heyschede den vurß Jurgen Ampman zu Aldenbemberch und Schultheßen und Scheffen zu Aldenbemberch off sy oder ymans da were van yrene wegen der dem vurs Adams Son Jeckel antworden vulde das ich Willem Frigreve also dede noch des Gerychtz rechte als Recht ys und heyschede diesen vurß Jorgen Ampman von Aldenbemberch und Schultesß und Scheffen von Aldenbemberch in Gerichte na diß offenbar Frygerichts rechte so enweren sy oder ymants von yren wegen dar der sy verantworden welde gegen den vurß Kleger und Procurator. Also bat der vurß Cleger durch sinen Vursprecher eyns rechtlichen Ordels nach ich Willem Frygreve bekant were dat ich dem vurß Jorgen Ampmann Schultiß und Scheffen vur gewarnet hette und me rechtliche Verboedunge gedaen hette und en eyn noyt / dach gelacht were als vurß steyt wa der vurß Adams Son Jeckel von Meckenbach darmyt umgeen solde dat ym recht geschege und den verclageden geyn Unrecht he dat Urdel satte ich Willem Frygreve an eynen echten rechten Fryscheffen der gynck uys und berelt sich mit den erbern wysen Fryscheffen quam wider in Gerichte und wiße vor Recht dat sy samenelichen also gefunden hetten nach dan dat Willem Frygreve vurß bekentlich were dat dem vurß verclageden alle verboedinge geschreen were so recht were. So mocht der vurß Adams Son Jeckel von Meckenbach syn Clage und Ansprake offenen oever dise vurß verclageden also is gekommen der vurß Adams Son Jeckel volmechtich Cleger und Procurator van Clag wegen Adam von Meckenbach syns Vaders durch synen gewonnen Vursprecher off den lesten noyt Tag nemelich des ersten madag na sunt Jorgen Dage na datum dis Breyffs und beclagede sich oever Jorgen Ampmann zu Aldenbemberch und Schultes und Scheffen vurß wo sin Vader an dem rechte gestanden hait und yr hayt demselven syne Vader dar van dem rechte gedrongen und geweldiget und eme dat rechte gewengert dadorch is hey des zo grossem Schaden gekommen und yr habent ym die gedaen zo unrechte wider Got Ere und Rechte ꝛc. Darumb hayt he up dissen vurß Jorgen Ampmann zu Aldenbemberch und Schulteis und Scheffen zu Aldenbemberch anwonnen und erfolget zweytausend Gl. Gl. reches heuff Gelz und eyn Dryttendeyl zu Schaden der vurß summ fl. nach des Gerichtz rechte ouch beclaget sich Adams Son Jeckel Cleger und Procurator over uch Juncher Melchior und Juncher Adam und Juncher Ruprecht Gerichtz. Herrn zu Hoesten wo yr sinen Vader gevangen havet und eme dat Recht verfertz und gewygert ist und havent en gedrun-

gen

gen dat hey dat Rechte verlonen moste und yr havent ym dat gedaen zu onrecht wider Got Ere und Recht dadorch ist hey des zu grossem verderblichem Schaden gekommen dardurch hat he up uch semetlichen erwonnen und vervolget twe tusend Gl. Gl und eyn Drittendeyl zo Schaden gelich wie di e vurß Clage uitwisset und innehelt ꝛc. und hayt hyruff gebeden eyns rechten Ordals durch synen gewonnen Vursprecher off he dyse vurß verclagede Jorgen Amptmann zu Aldenbemberch und Schultessen und Scheffen zu Aldenbemberch und Juncker Melchior und Juncker Adam und Juncker Ropprecht Gerichtz-Herren zo Hoesten yrgen anqueme yr Lyff yr Have und Gut dat were zo Wasser zo Lande/ off Mercken in Steden in Dörfferen oder war dat were angryffen mach myt rechte und sych daran halden und nemen syn gewonnen Recht zo stüre bis zo lange dat he syn Somme van Gelde ingefordert hette na lude und Inhalt dis vurß Ordal-Briefs off wat darum dit Gericht vor Recht wiste dat Ordal satte ich Willem Frigreve an einen echten rechten Frischeffen der ging mit und bereit sich mit den erberen wisen Frischeffen und qwam wi der in Gericht und wieste vor recht seitdemmale dat in dat Gerichte to stunde dat dem verclogeden alle verbodinge gescheen were so recht were und der vurß Cleger alle Gerichte verstanden hette dat dan billich und mogelich ist er Liff Have und Guet ansaen moch myt rechte biß solange hey syn gewonnen Guet und Recht gefurdert hette an den vurß verclageden. Noch bat der vurß Cleger durch sinen Vursprecher mich Willem Frigreven eyns rechten Ordals off ym eynich Widderstant geschee an synem gewonnen verclageden Rechte wen dat dede yt were we sy weren off desselven nicht ym synen Schaden belegen sulden nach dys Gerichtz Recht und ym myt der vurß summen erfallen syn off wat dat Gerichte dat vur Recht wiset dat Ordul satte ich Willem Frigreve vurß an eynen echeen rechten Frischeffen der ginck uis und bereit sich mit den erberen wisen Frischeffen und mit dem ganzen Umbstande des Gerichtz und qwam weder in Gerichte und wieste vur rechte al de gennen dey dem vurß Cleger Wederstant deden an synen gewonnen vervolgden Recht mit Worden oder mit den Wercken denselven sollen in der selffschuldigen Penen und Brocken verfallen sin yelichs den Principaels Hovetsachern. Vort bat der vurß Cleger eyns rechten Ordals durch sinen gewonnen Vursprecher off de vurß verclagede och eynichelenhe Fryheit Privilegien vurwart oder geleyde gebruchen sullen off eynichen Enden oder Steden sey enhetten erst dem Cleger genoich gedaen na lude diß vorß Ordal Breiffs off wat darumb dit Gerichte von rechte wiset. Dat Ordal satte ich Willem Frigreve an eynen echten rechten Frischeffen der ginck uis und bereit sich mit den erberen wisen Frischeffen in vurß massen und qwam weder in Gerichte und wieste vur rechte dat den vurß

verclageden Jorgen Ampmann und Schultiß und Scheffen zu Aldenbemberch und Juncher Melchior Juncher Adam und Juncker Roprecht Gerichtz Herren zo Hoesten geyner leye Recht vur wart ader Privilegien gebruchen sullen an eynichen Enden und Steden sy enhaven eerst dem Cleger und Gerichte genoich gedaen nach lude und inhalde diß vurß Ordals Brieffs und dusser vurgenanten Ordalen hon ich Willem Frigreve vurß orkunde enphangen und bekennen gelich as der Ordal-Breiff uit wyset und inhelt dat de Puncten und Sachen also vur myr geschehen sint. Och bekennen ich Willem Frigreve in desem offenen besegelden Ordaln-Breve dat ich uch have gesant ein uisdrivende Breiff off den Flecken zo Aldenbemberch dat yr solden van uch driven Jorgen Ampmann / Schultiß und Scheffen zo Aldenbemberch so als de verwonnen und vervolget sint als der Ordal-Brieff dar uit wyset und inhelt. Och bekennen ich vurß Willem Frigreve in dessem Ordal-Brieve dat ich uch von Wiler und Mertenstein habe gesand me uisdrivende Breve dat ir sulden von uch driven Juncher Melchior Juncher Adam und Juncher Roprecht Gerichtz-Herrn zu Hoesten des ir vurß samentlichen myne gnedigen Herrn dem Konninge und dem hilgen Fregerichte verachtet und Wederstant gedaen hebbe dardurch yr dan dem Konnige / dem Gericht und dem Cleger in den selffschuldigen Penen und Brocken gefallen synt gelichs den vurß verclageden und Principals Hovetsecheren glich als der Ordel-Briev dat uyswyset und inhelt. Und ich Willem Frigreve vurß beyden und gesinnen an alle Herren / Fursten / Hertzogen / Graven / Fryherrn / Ritteren und Knechten Ampluden / Voegeden / Schultissen / Borgemeysteren / alle Fryen und Fryscheffen und sust allermennectlich von wat state hey sus sy umb des rechten willen den mit diesem vurß Brieffe angeroffen werden dat sy dem vurß Cleger Bystant und Behup doen wulen oder wer das von synent wegen zo doen hentte dat hey zo dem sene komen mocht glich we vurß steit also als diß vurß Gerichte von myr Willem Frigreven geschach zo der Nuwerstat an dem frienstol neben von der Portzen gelegen in Suderlande sint gewesen erber Frischeffen myt namen Clais Eirmendall Johan vur der Portzen Clais Walspelt Keisgen zum Steinhuys Herman Schirgen Clais Stummel Heynrich Keulen Breuwirten und Aleff Morchen und vil myr erber Frischeffen geneicht. Und dyß allet zo offenbaren Orkunde so haen ich Willem Frigreve vurß myn Ingesegel van Gerichtz wegen unden an dessen Breiff gehangen und noch zo merem gezuge so haen wir Peter Hackenberch und Simont Dortenberch und Clais Steinhuys unser eigen Ingesegel och hieran gehangen. Gegeven und geschreven in denen Jaren unsers Herrn duser vyffhundert und zwelff Jare up Donerstag nest na Sunt Marien Madalenen Tage.

All

All dey in desem Ortalß Brefe ge'chreven steynt/ in Ortel in Recht myt eyn verachte hant/ des synt sy mit Recht in des Keyserß offen Ache gedan/ dat myr mit yn Essen offer Drincken sal/ man sal eyn nyt bachen ader malen/ och keyn Gemeynschaffe mit en halden sal. Myr bevellen Got dey Sele und dem Folen den Lyp/ hy Sy hant myt en des Hencken verdeynt.

Appendent Sigilla quatuor quorum unum temporis injuria corrupit penitus.

Probatio IV.

Privilegia Argentinensium de non Judicio Stando, nisi in suo Foro. Item circa Naufragia suorum Nautarum.

Insinuata Judicio Rothvvilensi 1496.

WIr Graff Eberhardt von Nellenburg Herr zu Dengen an statt und im Nahmen des wohlgebohrnen Graff Rudolffs von Sulz / Hoffrichters von des Allerdurchleuchtigsten Fürsten und Herrn / Herrn Maximilians Römischen Königs zu allen Zeiten Mehrern des Reichs / zu Hungern Dalmatien Croatien unsers allergnädigsten Herrn / Gewalts an seiner Statt und seinem Hoff zu Romen / bekennen offentlich und thun kundt allermänniglich / daß wir zu Gericht gesessen seyn vf den Hoff zu Ratwell an der offen freien Königlichen Strassen vff diesen Tag alß der Brieff geben ist/ und stundt vor Uns vff demselbigen Hoff der strengen fürsichtigen weisen Meisters und Rath der Statt Straßburg vollmachtig/ ersam Potschafft zeigt ließ von uns offentlich hören und verlesen/ einen gantzen redlichen ohnverseehreten und ohnpreßhafften Pergament Confirmation und Bestettigungs-Brieff / in Libelsweis geschrieben / mit des obgenannten unsers allergnädigsten Herrn des Römis. König anhangenden Insiegel besiegelt / darinn endlich Freyheiten / Confirmation und Declaration Brieff begrieffen ꝛc. und laut der Jngang der Königlichen Confirmation also:

Wir Maximilian von GOttes Gnaden Röm. König zu allen Zeiten/

zu Hungarn / Dalmatien / Croatien 2c. König Ertz-Hertzog zu Oesterreich / Hertzog zu Burgund / zu Lottringen / zu Brabant / zu Steier / Kärnden / Krein / Limpurg und zu Geldern / Graff zu Flandern / Habspurg / Tirol, zu Pfirt zu Artoi und zu Burgund / Pfaltzgraff zu Hennigau / Seland / Namur / zu Zutphen / Margraff des Heyl. Römischen Reichs und zu Burgaw, Landtgraff im Elsaß / Herr zu Frießlandt uff der windischen Marcke / zu Portenaw / zu Salins und zu Mechel 2c. Bekennen offentlich mit diesem Brieff und th. n kund allermänniglich / daß Uns die Ehrsamen uns und dem Reich lieben getreue Meister und Rath der Stadt Straßburg durch Ire erbare Pottschaffte glaublich vidimus etlich Freyheit-Confirmation- und Declaration-Brieff Inen und derselben Statt Straßburg von Weyland unsern Vorfahrern am Reich gegeben / und laut die Kayserlich Confirmation also:

Wir Friderich von GOttes Gnaden Römis. Kayser zu allen Zeiten Mehrer des Reichs / Hertzog zu Oesterreich / zu Steyer / zu Kernnten und Crain / uff der windischen Marck und zu Portenau / Graff zu Habspurg / zu Tirol zu Phirt und zu Limpurg / Marggraff zu Burgaw und Landtgraff im Elsas / bekennen und thun kundt offentlich mit diesem Brieff allen / den die In sehen oder hören lesen / daß für uns kommen ist / des ersamen Meisters und Rath der Statt Straßburg / unsers und des Reichs Lieben Getreuen erbare und volmechtige Pottschafft und Her uns demütiglich gebetten / daß wir als Römis. Kayser den ehegenannten von Straßburg diesen nachgeschriebenen Brieff und Privilegium den Jhn vor Zeiten der Allerdurchleuchtigste Fürst / Keyser Sigmund seel. Gedächtniß unser Vorfahr gegeben hat / zu erneuern / zu bestettigen zu bevestigen und zu confirmiren gnädiglich geruhen / derselbig Brieff von Wortt zu Wort also lautet:

Wir Sigmundt von GOttes Gnaden Römis. Kayser zu allen Zeiten Mehrer des Reichs / und zu Hunger und zu Beheim / Dalmatien Croatien 2c. König / bekennen und thun kundt offenbar mit dieß Brieff allen den die Jhn sehen oder hören lesen / daß wir haben angesehen stett und treue Dienste / die uns und dem H. Reich die Burger und Statt Straßburg uns und des Reichs Lieben Getreuen offt und nutzlich gethan haben und zu künfftigen Zeiten thun sollen und mögen / darumb so haben Wir Jhnen zu einer Gleichnus Römischer

scher Kayser und König unserer Vorfahren die vorgenennt Statt Straßburg/ alle Ihre Burger und Inwoner in unsern Schirm und Gnad empfangen von der Freyheit vnser Höhe. Darumb gönnen wir Ihn und der Statt Straßburg und bestättigen Ihnen ewiglich/ wo derselben Statt Bürger/ Eydtgenoßschafft oder Diener Handgütter besetzend/ daß niemand erlaubt sey von ihrer Eigenschafft oder Ihrer Gütter wegen/ oder Ihrer Betten/ Dienern Dienst zu nehmen oder zu fordern/ Bürden/ Bede oder Steuer vffzulegen/ und sollen Sie und alle Ihre Burger wohnen und weit nutzen und niessen/ da Sie Ihr Gütter liegen haben in allen Stetten und Gerichten wo sie gesessen seynd/ ohne menniglichs Wiederrede/ dazu setzen geben und bestettigen wir mit vnserm Kayserl. Gewalt den Vffsatz und das Recht daß dieselbige Burger von Straßburg gehabt haben von Römischen Kaysern und Königen vnsern Vorfahrn/ Lothardo und Philippo/ auch unsern Herrn und Vatter seel. Gnaden Keyser Karlen dem Virten, Wentzelao Römis. König und Königen zu Behem vnsern Bruder und König Ruprecht/ daß sie noch keiner unter Ihnen geirret oder geleidiget werden/ von keiner Person geistlicher oder werntlicher oder vor Gericht gezogen/ geladen werdten aus der Stadt Straßburg es sey für vnsers Kayserlich Hoffgericht oder Landtgericht Rodweil oder dhein ander Landtgericht oder ander Gericht von was Ursachen wegen das wäre oder von Jemandts gedrengt werde umb seine Eigenschafft oder umb seine Gütter

&c. habetur apud Kulpisium. in Scr. Rer. Germ. p. -

Und do die vorgeschrieben Confirmation und Freyheit-Brieff also vor Uns offentlich im Gerichte verlesen und gehört worden/ fordert und begert die obgemelt Bottschafft den obbestimbten von Straßburg und Ihren Nachkommen deren glaublich Transsumpt-und vidimus zu geben mit des Hoffgerichts zu Rott: anhangenden Insiegel besiegelt/ und bat vns dessen zum Rechten ein Frag zu haben/ darum fragten wir die Urtheilsprechen vermeltes Hoffgerichts der Vrtheil und dem Rechten/ die haben nach vns Frag mit gemeiner gesameten Urtheil als recht ist ertheilt/ daß den vielgemelten von Straßburg und Ihren Nachkommen der obgeschrieben Confirmation und Freyheits-Brieff/ wie dann des Hoffgerichts Recht were/ billich/ glaublich Transsumpt-und vidimus mit des vielgenannten Hoffgerichts zu Rott: anhangenden Insiegel besiegelt geben werden solle. Hierumb zu offenem Urkundt ist diß vidimus mit Urtheil geben und mit des itzt genannten Hoffgerichtes-Insiegel besigelt/ vff

Dienstag nach St. Hilarien-Tag Epi. nach Christi unsern lieben Herrn Geburth 1496. Jare.

Probatio V.

Privilegium Maximiliani I. quo declaratur, Rothwilensis Judicii Ordinationem de an. 1496. Argentinensibus Privilegiis nil deliquii creare debere, cum Confirmatione Caroli V.

IN Nomine Domini Amen! Nos Judex sive officialis, curiæ Episcopalis Argentinensis (*) ad universorum & singulorum quorum interest, intererit, aut interesse poterit quomodolibet in futurum notitiam deducimus & deduci volumus per præsentes litteras nos alias pro parte strenuorum validorum honestorum Virorum Magistri & Consulatus civitatis Argentinensis debita cum instantia requisiti, universos & singulos Dominos, Principes, Comites, Barones, milites, Militares & Seculares potestates, omnesque alios utriusque Sexus homines tam Ecclesiasticos quam Seculares, cujuscunque Status, gradus, ordinum, conditionis seu præeminentiæ fuerint, quos infrascriptum tangit negocium tangereve poterit quomodolibet in futurum, eorumque procuratores si qui sint in hac Civitate Argentinensi pro eisdem ad videndum, audiendum nonnulla Statuta, privilegia & ordinationes per diversos divos quondam Sacri Romani Imperii Imperatores & Reges & multis retroactis temporibus supradictis Magistro & consulatui atque communitati Civitatis Argentinensis pro eisdem gratiose concessas ac per eosdem nec non gloriosissimum & invi-

(*) *Addere placuit integrum vidimus, ut inde discas, quanta cura solicitudineque Exempla olim confecta, atque judices de scientia & visu proprio testati fuerint. Sunt nobis plurima ejusmodi Exempla ex ævo medio, ubi semper post implorationem inspectionemve sententialiter, Copiam fieri debere. Unde adjicitur factam esse* mit Urthell.

invictissimum principem ac Dominum, Dominum Carolum V. divina favente clementia Romanorum Imperatorem Electum semper Augustum ac Hungariæ, Dalmaciæ, Croatiæ, Castiliæ &c. Regem, noviter approbata, confirmata & roborata atque approbatas, confirmatas & roboratas & Sigillo Imperii sive Cæsareæ Majestatis sigillata & sigillatas transumi, transscribi & exemplati & in publicam transsumpti formam, redigi, mandati cum interpositione decreti nostri. Sic quod transsumpto & transscripto, hujusmodi tanta fides quanta ipsis literis originalibus si in medium exhiberentur; Vel saltem ad dicendum & causas si quas habent rationabiles quare præmissa fieri non debeant allegandum, per certas nostras litteras Citatorias in valvis Ecclesiæ Argentinensis per modum publici edicti affixas, Citavimus citari fecimus & mandavimus ad diem, terminum & horam infra scriptas, quibus advenientibus comparuerunt coram nobis legitime in Judicio quidem & honesti atque circumspecti viri Domini Nicolaus Ruibus antiquus Magister Scabinorum & Johannes Fodowicus de Rotwil proconsul Civitatis Argentinensis ad subscripta facienda à Senatu majori Civitatis Argentinensis ut dicebant missi & deputati & per organum providi viri magistri Jacobi Dreyger causarum Curiarum Ecclesiasticarum Argentinensium procuratoris jurati ipsisque ad latus astantis literas Citatorias de quibus supra in valvis prælibatis debitæ executioni permandatas prout de hujusmodi executione legitima per discretum Casparem N. pedellum extitit, fides facta, & nemine apparente qui contradicebat quare præmissa fieri non debeant & in contumaciam nonnullas litteras confirmatorias & approbatorias quarundam literarum declaratoriantium & concessionis quondam bone memoriæ Serenissimi & invictissimi Principis & Domini nostri, Domini Maximiliani Romanorum Imperatoris electi de & super exemptione jurisdictionis & Superioritatis judicum & Judicii Imperialis in Rotweil ac quorundam aliorum judiciorum inibi expressorum perhibentium prædictos magistros vel ipsis ac Senatui Juramento vel alioquovis nomine adstrictos, à divis quondam Romanum Imperatoribus & Regibus concessorum & successive confirmatorum per supra dictum Serenissimum & invictissimum principem & Dominum, Dominum Carolum Imperatorem eisdem magistro

& con-

Digitized by Google

& consulatui noviter gratiose concessas, ejusque sigillo magno de cera rubea adimpresso Zona Serica glausi & nigri colorum subimpendente, sigillatas, sanas, integras & illæsas, non viciatas neque cancellatas vel in aliqua parte suspectas, sed omni prorsus vicio & suspicione carentes, coram nobis facto & in Scriptis in medium exhiberi fecerunt, nos requirentes, quatenus easdem literas confirmatorias & declaratorias, ut sic exhibitas transumi, transcribi exemplari, ac in publicam transumpti formam redigi mandare, eidemque transumpto decretum nostrum interponere dignaremur, ut ipsi transumpto in Judicio & extra tanta fides adhiberi poterit, quanta ipsis literis originalibus si in medium exhiberentur. Nos tunc Judex antedictus dictos citatos non comparentes, reputavimus merito prout erant id exigente Justitia, contumaces & in eorum contumaciam literas ut præfertur exhibitas, subinsertas ad manus nostras recepimus, vidimus, inspeximus, ac sanas, integras & illæsas, omni prorsus suspicione & vitio carentes, reperimus, Idcirco ad præfatorum Dominorum instantiam Schwenckbecher publico nostro & dictæ curiæ Argentoratensis notario conferente, transcribi, transumi, exemplari, & in hanc publicam transumpti formam redigi, Ipsumque transumptum cum literis originalibus fideliter collationari & auscultari fecimus & mandavimus & nostra decernentes authoritate; Ut huic nostro transumpto publico in Judicio & extra ubicunque locorum firmiter stetur & credatur, ac tanta ei fides adhibeatur, quanta ipsis literis originalibus quibus omnibus nostræ Curiæ Argentinensis & nostram authoritatem interponimus, quarum literarum tenor ad verbum sequitur & est talis:

Wir Carl der Fünffte von GOttes Gnaden erwehlter Römischer Keiser zu allen Zeiten Mehrer des Reichs / bekennen offentlich mit diesem Brief / und thun kund allermänniglich / daß uns die Ehrsamen unser und des Reichs lieben getreuen Meister und Rath der Stad Strasburg erbare Potschafft einn glaublich vidimus einer Declaration, Satzung und Erklärung fürbracht haben / von wegen dem Allerdurchleuchtigsten Keiser Maximilian unserm lieben Herrn und Anherrn Löbl. Gedächtnüs über ein Freyheit und Beständigung so seine Mayestät unserm und des Reichs Hoffgericht zu Rotweil und den Reichsprochern

cherrn daselbst gegeben außgangen / darinn Seine Kayserl. Majestät declariret gesetzt und geordnet het / daß dieselben von Straßburg oder Ihren Burgern mit eiden Diensten oder Geliebten verwandt und zugehörig seyn / vorbemelt unserm und des Reichs Hoffgericht zu Rotweil oder andern unsern und des Reichs Hoff- und Landgerichten mit Klag oder Verkündung nit vorgenommen oder geheischen werden sollen / welche Declaration und Satzung von Wort zu Wort also laut:

Wir Maximilian von GOttes Gnaden erwehlter Römischer Kayser rc. Bekennen offentlich mit dieß Brieff und thun kundt allermenniglich / daß vnß die Ersamen unser und des Reichs lieben getreuen Meister und Rath der Statt Straßburg durch Ihre treffliche Pottschaffe haben fürbringen lassen / wiewohl der Statt Straßburg Ihre Burger und Inwohner von vnsern Vorfahren am Reich Römischen Käysern und Königen / und besonder Weyl. Kayser Sigmunden auch Kayser Friederichen dem 3ten vnserm lieben Herrn und Vatter Löbl. Gedächtniß mit sondern Freyheiten begnadet, und vorzeiten vnsern Vorfahren Lothario und Philippo auch Kayser Carl dem 4. und Wentzlaw Röm. Kaysern und Königen zu Behem auch König Ruprechten also herbracht / und nachmahlen von Unß solches alles auffs Rechten wissen eigner Bewegnus und vnßer Kayserl. Macht vollkommenlich erneuert / confirmiret und bestättiget / also daß Sie die von Straßburg noch Je keiner unter Ihnen von keiner Perschn geistlicher oder weltlicher geirret oder beleidigt / noch aus der Statt Straßburg für frembde Gericht geladen gezogen es were vor vnß Kayserl. Hoffgericht oder Landtgericht zu Rothweil oder kein ander Landgericht oder ander Gericht von was Sachen wegen das seyn möchte / noch auch von Jemandten gedrenget werden umb sein Eygenschafft oder umb seine Güter Jemandes daselbst zu antwortten / auch ob einer oder mehre wer der oder die weren / niemand außgenommen gegen In oder Ir einem einige Klag oder Anspruch hett / daß der oder dieselben sie inwendig der vorgenennten Statt Straßburg vor denselben Stattrichtern ansprechen und fürnehmen / daselbst einem Jeden geantworttet und Rechts gestatt werden solle. Daß auch benandt unß lieber Herr und Vatter Kayser Friederich des Jahrs alß man zahlt nach Christi vnsers lieben Herrn Geburth 1452. Jahr zu Rome und seiner Kayserl. Bullen anhangenden Insiegel der obgenannten seiner und vnser Vorfahren und besonder Kayser Sigmundes Freyheit-Brieff des Datum und Ihrer Kayserl. Mayestät Insiegel 1433. Jar lautet / dem obgemelten Ihrer

und gemeiner Stadt Straßburg Freyheiten neu gegeben und hergebrachten begnaden ferner zugelegt dieselben geweidert und von Kayserl. Gab gnädiglich bescheiden / daß dieselben Freiheiten / Auffsatzungen / Gnaden und Confirmation nicht allein zuversehen seyen oder verstanden werden / von Gütern sondern daß solichs Ihnen gewitert / gewehrt und gestreckt seyn soll an ainigen Anspruch die man mocht haben an Ihr Person und daruf ernstlich gesetzt und gebotten hab daß Jemandts über sie kein Urtheil oder Recht sprechen noch Brieff darüber geben / und ob einig Urtheil oder Recht von einem Land-Richter oder andern Richtern wieder die ehegenanten von Straßburg gesprochen oder einigsley Brieff darüber gegeben wern oder hernach gegeben / gethan oder gesprochen würd / daß in Krafft solichs Brieffs von Ihrer Röm. Kayserl. Macht Vollkommenheit alle dieselbe Klagen / gerichtliche Acta und Brieff die also wieder die vorgenennten von Straßburg geschehen oder gangen wären / ohne alle Wiederrede abgethan / und dieselbe Urtheil / Recht / Acht oder Brieff kein Krafft oder Macht haben / sonder unnütz seyn und den ehegenannten von Straßburg und der Stadt daselbst kein Schaden bringen sollen / in keine Weiß alles laut desselben unsers lieben Herrn und Vaters Brieff / so wir nochmahlen auch confirmiret erneuert und bestet hetten. So begegen Inen doch wider und über das alles von Hoffrichtern und Urtheilsprechern uns Hoffgerichts zu Rotweil in Krafft einer gemeinen Freyheit und Bestettigungs-Brieff von uns Anno 1496. ausbracht darinn unter anderm ein Articul eingeleibt sey also lautend; wo einer des andern vornimbt die Ehre berüren ꝛc. (*) mercklich Irrung / Intrag und Verhinderung und gemeiner Stadt Straßburg Burger Ihre zugethan und verwandt so an demselbigen Hof-Gericht zu Rotweyl umb Injurien und ehrrührigen Hendeln fürgehen, und doch nach der besag der Stadt Straßburg Freyheit abgefordert werden nit remittiren / sonder understehen dieselbe also von Inen zu behalten und über sie zurichten alles über und wieder der bemelten von Straßburg obangezeigten Freyheiten / Altherkommen üben und Confirmation, auch Zerrüttung Ihrer Regierung so sie von uns und dem Heil. Reich hetten / und sich dessen hoch gegen uns beschwehrt / und uns daruff demütiglichen angeruffen und gebetten sie hierinn gnediglich zu versehen. Wann nuhn in Gebung deren von Rotweil Freyheiten uns will und Meinung nie gewesen und noch nit ist / daß dadurch der genannten von Straßburg ir vorangezogen Freiheit / so sie von unsern Vorfahren am Reich und auch uns

(*) *Vide in Lunigii* Reichs-*Archiv Partis Generalis Continuat. 1. p. 170.*

uns gnediglich erlanget geschmelert / zerrütt oder daran von Jemandes verhindert oder geirret werden / dazu daß wir auch hievor insonderheit die Hofrichter und Beysitzer gedachts unsers Hofgerichts zu Rotwil darüber durch einen sondern Befehligs-Brieff des Datum laut 1507. Jar verordnet gesetzt und gegeben haben an uns stat und in unserm Nahmen als Conservatores und Commissarien Stadt Straßburg Freyheiten / Privilegien und Gnaden zu beschirmen und handhaben / daß wir demnach solich der gemeinlich von Straßburg zimlich demütig Bitt auch die getreuen und nuzliche Dienst so sie uns und unsern Vorfahren am Reich offt williglich gethan und hinfüro wohl thun mogen und sollen und darumb aus den oberzehlten und trefflichen Ursachen uns dazu bewegen / und sonderlich daß wir in bemelter deren von Rotweil Freiheiten und Confirmation uns und dem Heil. Reich unser Oberheit für behalten / und daß solich unser gegeben Freiheit sonst menniglich die des jetzgemelten Hofgerichts halben von unsern Vorfahren am Reich oder einig Freiheit oder hinfüro von uns und unsern Nachkommen am Reich erlangen würden / an denselben Ihren Freiheiten Exemption und Rechten ohnvergriffen und ohnschedlich seyn sollen / mit wohl bedachten Muth guten zeitigen Rath und Rechten wissen declarirt / gesezt / geordnet und erklähret / declariren / setzen / ordnen und erklähren das alles hiemit von Röm. Kayserl. Macht / Vollkommenheit Rechten wissen in Krafft dieß Brieffs / und meynen / setzen und wollen / daß Niemandts in was Stand / Wesen oder Würden der seye geistlich oder weltlich / die vorgenannte Stadt Straßburg Ire Burger Inwohner / noch die Ihren oder die so der Stadt Straßburg oder Iren Burgern mit Eydt und Diensten oder Gelübten verwandt und zugehörig seyn / sambt noch sonderlich fürbaß anher vor bemelten unsern und des Heil. Reichs Hofgericht zu Rotweil oder allen andern unsern und des Reichs Hof-oder Landgerichten wo die gelegen und was Nahmen die haben mogen umb keine Sach / sie berühren Injurien oder Entschuldigungen oder sie Ire Person Leib und Gütter was Sachen halben das seyn moge / nichts außgenommen / mit Klag fürzunehmen / dahin nit laden noch mit Verkündigung fürhaischen sollen in keine Weiß / und daß auch die Hof-Richter und Urtheilsprecher zu Rotweil und anderstwo / kein Ladung / Verkündung oder fürheischen oder die vorgenannt Stadt Straßburg Ihre Burger / Inwohner noch die so der Stadt Straßburg und Ihren Burgern mit Eydt / Gelübden oder Diensten verwandt oder angehörig seyn nit geben noch über sie richten noch urtheilen sollen / in keine weg / sondern die Kläger / als offt das zu Schulden kombt gehn Straßburg weisen / da-

selbst dann die vorgenannten von Straßburg Ihre Burger / Innwohner und die Ihren denselben gegen und Ihren zugewanden wie obsteht zu Recht stehen und gerecht werden sollen. Es wäre dann / daß demselben Kläger daselbst gefährlich das Recht verzogen oder sonst verursacht oder abgeschlagen würd / und das kuntlich were / alsdann mag derselb Kläger sein Recht ferner und an den Enden wo sich das gebühret suchen, und ob ichts wieder die obgemelte Freiheiten Gnaden / Privilegien und diese unsere Confirmation, Declaration und Erklährung von Jemandes in wes Würden / Wesen oder Standes der oder die wären fürgenommen oder gehandelt würde / in welcherley Weiß das beschehe / so wollen wir doch aus obberührter Kayserl. Macht / Vollkommenheit daß dasselb alles kein Krafft noch Macht haben / und den gemeinlich von Straßburg / Ihren Burgern und den Ihren ohnschädelich seyn soll.

Und gebiethen darauff allen und jeden Churfürsten / Fürsten geistlichen und weltlichen Prælaten / Graffen / Freyen / Herrn / Rittern / Knechten / Haubtleuthen Vitzthumben / Vögten / Pflegern Verwesern / Hof-Richtern Landt-Richtern Schulherrn / Freygräffen / Freyscheffren / Ampleuthen / Schultheissen / Burgermeistern / Richtern / Räthen / Bürgern und Gemeinen und sonst allen andern unsern und des Reichs Unterthan und Getreuen in wes Würden / Standtes oder Wesen die seyn / und sonderlich unserm und des Reichs Hof-Richtern und Urtheilsprechern zu Rotweil von Röm. Kayserl. Macht ernstlich und vestiglich mit diesem Brieff / daß sie die vorgenannte von Straßburg Ihre Burger / auch die so Ihnen oder Ihren Burgern / mit Eyden / Gelübden und Diensten verwandt seyn / an der vorgeschrieben unser Vorfahren am Reich Römischen Kaysern und Königen Gnaden und Freyheiten dazu unserer Kayserl. Erneuerung Bestettigung und dieser Declaration und Erklährung nichts hindern noch irren / sondern die darinn geruhiglich bleiben gebrauchen / und geniessen lassen / und darwieder nicht thun / noch sonst jemandt andern zu thun / gestatten / in keine Weiß als lieb einem jeden sey unser und des Reichs schwehre Ungnad und Straff und der einverleibten Poen nehmlich funffzig Marck Löthiges Golds zu vermeiden die ein iglicher so offt er freventlich hierwieder thet / uns halb in unser Kayserlich Cammer und den andern halben Theil den vorgemelten von Straßburg und Ihren Nachkommen ohnnachläßlich zubezahlen verfallen seyn soll / mit Urkunde dieß Brieffs besiegelt mit unserm anhangenden Insiegel. Geben in unser und des Reichs Stadt Augspurg am ersten Tag des Monaths September nach Christi Gebuhrt 1518. und uns darauff

demüt

demütiglichen angeruffen und gebetten / daß wir solich Declaration, Satzung und Erklährung mit allem Ihrem Innhalt zu confirmiren und zu bestettigen gnädiglich geruhen / das haben wir angesehen solich Ihr demütig / zimbliche Bitte / auch die getreuen Dienste / so sie dem Heil. Reich offt williglich gethan und bewissen haben und hinfür uns und dem Reich wohl thun mögen und sollen / und darumb mit wohl vorbedachtem Muth / Rath und Rechten wissen den obgemelten Meister und Rath zu Straßburg und Ihren Nachkommen / die obbestimbt Kayserl. Majest. Declaration Satzung und Erklährung mit allen Wortten / Clausuln / Puncten / Inhaltungen und begrieffen gantz kräfftig und mechtig seyn / und sie ihre Burger / Inwohner und die Ihren auch die so der Statt Straßburg oder Ihren Burgern mit Eyden / Diensten oder Gelübden verwandt und zugehörig seyn sambtlich und sonderlich dabey bleiben und sich deren gebrauchen und geniessen sollen und mögen / von allermänniglich ohnverhindert.

Und gebiethen daruff allen und iglichen Churfürsten / Fürsten / geistlichen und weltlichen Prælaten / Graffen, Freyen / Herrn / Rittern / Knechten / Hauptleuthen Vitzthumben / Vogten / Pflegern / Verwesern / Ambtleuthen, Schultheißen / Burgermeistern / Richtern / Räthen / Burgern Gemeinden und sonst allen andern unsern und des Reichs-Unterthanen und Getreuen in wes Würden / Standts oder Wesens die seyn / und sonderlich unsern und des Reichs Hof-Richtern und Urthelsprechern des Hofgerichts zu Rotweil von Röm. Kayserl. Macht ernstlich mit diesem Brieff / und wollen daß die vorgenannten von Straßburg Ihre Burger und Inwohner auch die so Ihnen oder Ihren Burgern mit Eyden / Gelübden und Diensten verwandt seyn und Ihren Nachkommen an der vorgeschriebenen Kayser Maximilian Declaration und Erklährung und dieß unser Confirmation und Bestättigung nichts hindern noch irren / sondern sie dabey getreulich bleiben / geniessen und gebrauchen lassen und darwieder nicht thun noch des Jemand anderen zu thun gestatten in keine Weiß / als lieb einem jeglichen unser und des Reichs schwehre Ungnadt und Straff / und die Poen in obgemelter Kaysers Maximiliani Declaration begriffen / zuvermeiden. Mit Urkundt dieß Brieffs besiegelt mit unserm Kayserl. anhangenden Insiegel. Geben in unser und des Heil Reichs Statt Wormbs am 20. Tag des Monaths Febr. im Jahr nach Christi Geburt 1521. Unser Reich des Römischen im andern / und der andern aller im sechsten Jahre.

Probatio VI.

Ludovicus IV. Imperator confirmat sua Bulla aurea sub dato Mogunt. Non. Jul. 1333. regni sui anno XII. Imperii vero VI. civibus Moguntinis V. privilegia.

PRimum quod nullus Princeps secularis seu Judex trahat aliquem civem extra civitatem Maguntin. nisi dicti cives coram suo Judice in civitate predicta parti adverse justiciam denegent exhibere que data est apud Augustam 1236. Indict. IX mens. Julii.

Secundum quo prædictus Fridericus Imperator Burggravio de Fridberg & Sculteto in Oppenheim & aliis officiatis mandat, ne ipsi pregravent cives Maguntinos in districtibus Fridberg & Oppenheim in bonis dictorum civium ibidem sitis in novis & inconsuetis precariis quod est sub premissa data scil. apud Augustam anno 1236. mense Julii Indict. nona.

Tercium Wilhelmi Romanorum regis, quod nullus secularis Judex aliquem civem extra Magunt. evocet, ymo coram suo Judice in civitate stare juri debet. Item quod dicti cives in terris Imperii, nullas Sturas precarias, subsidia &c. de bonis & possessionibus ipsorum debent, præter taxam antiquam & consuetam. Item tercio quod bona ipsorum in terris & aquis ducta ante telonia in terris Imperii, ab omni dacione thelonii sint absoluta, Item quod ipsi & bona ipsorum in terris Imperii erunt sub Imperii tutela tanquam dilecti Imperii. Item si habuerint querelas proponendas coram Judicibus & officiatis Imperii in terris Imperii, quod dicti Judices faciant ipsis civibus equitatem justicie. Item si aliquis aliquem ex dictis civibus in banno burgi captivaverit vel molestaverit, illos tanquam in nos & in nostros homines ausum temerarium attemptassent sentencie proscriptionis decernimus subjicere (sunt verba Imperatoris) Item quod nullus castrum infra

infra 4. miliaria prope Moguntiam ædificet vel castrum Reyseche olim ob Imperii honorem destructum reedificet. Item quod dicti cives gladio regali & Imperii sint defensi, & ubicunque in regno vel Imperio ambulent sint securi. Cujus datum est apud Moguntiam anno Domini 1270. Nonas Aug. Reliqua desunt.

Probatio VII. & VIII.

Privilegia Cæsarea ex Copia in Judicio Rothwilensi producta, Wormacensibus contra evocationes concessa.

WIr Grave Johannes von Sultz Hoffrichter von des Allerdurchlauchtigsten Fürsten und Herrn / Herrn Friederichs Römischen Königs zu allen Ziten Mehrers des Richs / Herzogen zu Oesterreich / zu Steyr / zu Kernten und zu Kreyn Graven zu Tyrol unsers allergnedigsten Herrn Gewalte an siner Statt uff sinem Hoffe zu Rottwil bekennen offenlich und tun kund mit diesem Brieffe / allen den die in ansehend / lesend oder horent lesen das wir zu Gericht gesessen sind uff dem Hoffe zu Rottwil an der offenen frien Königs-Straße uff diesen Tag als dirre Brieve geben ist / und stunden vor uns uff demselben Hoffe der fürsichtigen ersamen und wisen Burgermeister Raetes und Burgere gemeinlich der Stad zu Wormbs erbere Machebotten Johann Wolff Jr Rots-Fründ und Peter Bözmann ihr Stadtschriber und Vogten und liessen von uns im Gerichte offenlich lesen und verhören dry gantz redlich / unergkwönig und unverseert permenten Brieve. Der erste Briev ein Lateinisch Frihelt-Brieve waz mit seliger Gedächtnis Herrn Adolffs weiland Römischen Künigs Küniglichen Majestät anhangenden Insiegel besiegelt / der ander Brieve ein Frihelt Brieve waz mit seeliger Gedächtenus Herrn Wentzlaus weyland Römischen Künigs Küniglicher Majestät anhangenden Insiegel besiegelt / und der drite Brieve ein Confirmation- und Bestättigungs-Brieve waz mit des obgenanten unsers allergnädigsten Herrn Herrn Friederichs Römischen Künigs Küniglichen Majestät anhangendem Insiegel besiegelt / und stund und lutet der Lateinisch Frihelt-Brieve von Wort zu Wort also:

Nos

Nos Adolfus (*) Dei gratia Romanorum Rex semper Augustus &c. ad universorum tam præsentium quam futurorum notitiam volumus pervenire, quod nos ob fidem impermutabilem & præclare devotionis memorandam constantiam prudentum virorum civium Wormatiensium quibus nos & Imperium sunt jugibus obsequiis prosecuti volentes ipsos reciproce speciali prosequi gratia & favore, ipsis hanc gratiam duximus liberaliter concedendam ex dono nostro Regiæ Majestatis quod eos vel aliquem ex eis extra civitatem suam evocari ad nos vel Judicium nostrum qualecunque per quempiam nolumus in antea quovis modo quamdiu parati sunt in civitate sua de se querelantibus justitiam exhibere. Si autem alicui nobis de ipsorum civium aliquo querelanti misso ipsis à nobis cum nostris literis vel nunciis non fuit de eadem inibi facta justitia indilata, extunc idem reus in facto tantum eodem potest & debet & non aliter evocari. In testimonium & evidentiam premissorum Sigillum nostrum regium presentibus duximus appendendum. Actum & Datum anno Domini Millesimo Ducentesimo Nonagesimo Septimo, die exaltationis Sanctæ Crucis Regni nostri anno VI.

Da stund und lutet der ander Friheit-Brive von Wort zu Wort also:

Wir Wenzlau von GOttes Gnaden Römischer Künig zu allen Zeiten Mehrer des Reichs ꝛc. (**)

So stund und lutet der Confirmation- und Bestettigungs-Brieve von Wort zu Wort also:

Wir Friederich von GOttes Gnaden Römischer König zu allen Zeiten Mehrer des Reichs / Herzog zu Oesterreich / zu Steyer / zu Kärnten und zu Krain / Grave zu Tyrol ꝛc. ꝛc. bekennen und tun kund offenlich mit diesem Brieve / allen den die in sehen oder hörent lesen das für uns komen ist unser und des Reichs

(*) *Exhibuit hoc privilegium* Ludowig *Reliq. MSt. Tom. 2. n. 38. p. 243. verum cum à nostra copia Exemplum ejus differat, satius duximus, & nostrum hic sistere.*

(**) *Occurrit Wenceslai privilegium denuo in Suantiborii Confirmatione Num. seq. ubi longe correctius atque hic legitur, unde chartas perdere noluimus.*

Reichs lieben getreuen der Burgermeister Rate und der Burger gemeiniglich der Stadt zu Worms erbere und mechtige Botschafft und hat uns diemüthiglich erbethen / das wir als ein Römischer Künig denselben Burgermeistern Räthen und Burgern der Stadt zu Worms all und yeglich ir Gnade / Freyheit / Recht / gut Gewonheit / Brieve / Privilegia und Handfesten / die sie von Römischen Keisern und Königen unsern Vorfahren an dem Reiche erworben und hergebracht haben / zu verneuen / zu bestettigen / und zu confirmiren gnediglich geruhten / des haben wir angesehen solch ihr diemüthige Bitte / und auch ihr stete willig und getreue Dienste die ihre Vordern unsern Vorfahren an dem Reiche allezit unverdrossenlichen und getreulichen getan haben / und sie uns und dem Reiche fürbas tun mugen / in künfftigen Zeiten. Und haben darum mit wolbedachtem Mutte / gutem Rate unser Fürsten / Edlen und Getreuen und rechter Wissen / den vorgenanten Burgermeistern Reten und Burgern der Statt zu Worms / iren Nachkommen / und derselben Stadt / alle und jeglich ir Gnad / Freyheit / Recht und gut Gewonheit / Brieve / Privilegia und hanvesten wie die von Worte zu Worte lautend und begriffen seyn die sie von den obgenanten unsern Vorfahren Römischen Keysern und Künigen / mit Namen Keyser Friederichen dem andern / Künig Wilhelmen / Künig Rudolphen / Künig Adolphen / Künig Albrechten / Kayser Heinrichen / Kayser Carl dem vierdten / Künig Wenzlauen / Künig Ruprechten / Kayser Siegemunden / als er Künig und Keyser gewesen ist / und von allen und yglichen andern Keisern und Künigen / unsern Vorfahren an dem Reiche wie die genant sein keinen ußgenommen / erworben und herbracht haben gnediglich bestetet / bevestet und verneuet / bestettigen verneuen und bevesten In die auch in Krafft dieß Briefs und Römisch-Küniglicher Macht Vollkommenheit / und maynen setzen und wollen / das sie fürbas mer darbey bleiben / und der an allen Enden gebrauchen und genießen sullen und mugen von allermenniglich ungehindert / die wir auch dabey handhaben und schirmen wollen / und wir gebieden auch darum allen und yglichen Fürsten / geistlichen und weltlichen / Graffen / Freyen / Rittern / Knechten / Landt-Vögten / Ambtleuthen / Räthen und Gemeinden aller und jeglicher Stette / Märckte und Dörffere / und sust allen andern unsern und des Reichs Underthanen und Getreuen / von Römisch Kayserlicher Macht ernstlich und vestiglich mit diesem Brieve daz sie die vorgenanten von Worms und ire Nachkommen an den vorgenanten Iren Gnaden / Freyheiten / Rechten / Brieven / Privilegien handvesten und guten Gewonheiten nicht irren oder hin-

hindern / in dhein Weiß / sundern sie dabey gerulich bleiben lassen / bey unsern und des Reichs Hulden / und bey Verliesung funffzig Marck lötigen Golds / die ein yeder der dawieder frefflichen tut verfallen sein soll / als offt das beschicht / halb in unser und des Reichs Cammer / und halb den obgenanten von Worms und iren Nachkommen unnachläßlich und on Wynnernus zu bezalen. Mit Urkund diß Briefs / versiegelt / mit unser Küniglichen Mayestät Insiegel. Geben zu Franckfurt nach Crists Geburt viertzehenhundert und darnach im zwey und viertzigsten Jare am nechsten Dienstag vor Sanct Margarethen Tag / unseres Reichs im dritten Jare.

Und do die vorgeschrieben ire Friheit-Brieve und deren Confirmation und Bestattigung-Brieve alle drey vor uns im Gerichte gelesen und verhört werden: Vorderten der egenanten von Worms erbern Machtbotten denselben von Worms und den Iren der gloplich Vidimus zegeben / mit des Hofgerichts zu Rotwil Insigel besiegelt / und beten uns das zum Rechten zesetzen / ob man das icht billigen und von rechtswegen tun sollte. Darum fragten wir der Urteil / und wurd nach unser Frage mit gemeiner gesamte Urtail als recht ist ertailt / das man denselben Burgemeistern Rate und Burgern gemeinlich der Stat zu Worms der vorgeschrieben zweyer Freyheit Brieve und des Confirmation- und Bestettigung Brieves aller dreyer billich gloplich Vidimus geben solle mit des Hoffgerichts zu Rottweil Insiegel besiegelt.

Herum zu offem Urkund ist das Vidimus mit Urteil geben / und mit des Hoffgerichts zu Rottweil anhangendem Insiegel besiegelt / des nechsten Zinstags vor dem heiligen Pfingstag nach Crist Geburt viertzehenhundert und sieben und viertzig Jare.

Probatio IX.

Vidimus & Confirmatio Privilegii Wenceslai ex antiqua Copia Regis de non evocando 1394.

WIr Swantiber von Gots Gnaden Hertzoge zu Stetin / bekennen und dun kunt offentlichen mit diessem Brieffe / das wir zu Gerichte saßen zum

Pyck

Pyest an stat des Allirdurchluchtigisten Fürsten und Herrn Wenzlaws Romischen Konigs / zu allen Zyten Merer des Riches und Koniges zu Beheim / und das für vns quam daselbst in Gerichte Johannes von Kirchheim des eigenen vnsers Herrn des Koniges Houe Gerichts-Schreiber von wegen des Burgermeisters / Rats und der Burger gemeinlich der Stat zu Worms und bat vns mit sinen Fürsprechen zu verhoren einen Briff / alß der eigentlich vnser Herre der Konig denselben Burgermeister / Rate und Burgern gemeinlich der Statt zu Wurms vnd siner Maiestat Jngesiegel gegeben hette / der von Wortte zu Wortte lutende was also: Wir Wenzlaus von Gots Gnaden Romischer Konig zu allen Zyten Merer des Richs vnd Konig zu Beheim / bekennen vnd thun kund offentlichen mit diesem Briffe allen den die in sehent oder horent lesen / das wir von wegen des Rats vnd der Burger gemeinlichen der Stat zu Worms vnser vnd des Riches Lieben Getrewen mit Clage virnommen haben / wie das sie an Jr Fryheit die sie von vns und vnsern Fürfahren Romischen Kaysern und Konigen haben / sunderlichen das nymand vff derselben Burgere von Worms Lib oder Gute vßwendig irer Stat clage vor keinem Gerichte / alle die wile sie des rechten Gehorsam sint zu tunde in irer Stat zu Zyten beschweret / geleidiget / vnd in dieselbe ir Freyheit ubirfarn sy wurden / das wir auch achten vns selber vnd dem heiligen Riche zu Widerwirtekeit getan sin / und darum wann vns von Koniglicher Mechte zugehöret alle die / die vnsere und des Riches Gnaden mit Fryheite entpfenklich wurden sint doby zu schirmen vnd zu hanthaben: So wollen wir ernstlichen und gebieten vesticlichen in Krafft diß Brifes by vnsern vnd des Riches Hulden allermennichlichen vnd sunderlichen allen Schultheissen / Schöpffen / Richtern / Hubern und Gerichtern beyde in Steten / Merckten / Dorfern vnd in Hyphouen wie die Gerichte genant sind / das nymand vff der vorgedachte Burgere von Worms Lib oder Gut vßwendig irer Stat vor dheynem Gerichte weder bekommern / beklagen noch Gerichte uber sie tun ensollen / alle die wile sie den Klegern rechtes gehorsam sind zu tunde in irer Statt vnd wer dawider zu tunde als getorstig were in welichem Adel oder Wirden der sy / der oder dieselben sollent damit zu stunt sich wißen gefallen sin in Vngnade vnd Rache vnsers Koniglichen Gewaltes vnd des heiligen Riches und darzu verbrochen han zu einer Pene hundert Pfunde lotiges Goldis / die sollent halp fallen in vnser Konigliche Cammer und halp den vorged. Burgern und Stat zu Worms. Vnd wollen auch uber solichen Freuel und Pene selbir oder weme wir daz danne befelhen an vnser Stat zu tunde ernstlichen richten und darzu

tun als sich dez heyschet und sezen auch mit Sunderheit hie mydе an die vorged. Burgere und Stat zu Worms gantze Macht vnd vnsere Erlaubunge daz sie sich von vnser vnd ihr selbis Machte gein mennielichen selbir dafür schirmen vnd dez weren mogent an allir der Libe und Gute / die sie also wider dieße gegenwurdige vnser vnd des Riches Gebote und Fryheit leidigeten und zugriffen. Vnd sollent sie vnd die iren damide wider dheine Herrschafft Gerichte / oder Lantfride nicht getan noch keine Frevel oder andere Pene verwircket haben. Mit Vrkunde diz Briffes versigelt mit vnserer Koniglichen Majestät Ingesigel. Geben zum Betler des Dinstags nach des Heil. Creutzes Dage nach Crists Geburte drutzehen hundert Jare vnd darnach in dem viere vnd nunzigisten Jare vnserer Riche des Beheimischen in dem ein vnd drißigsten vnd des Romischen in den sechzehenden Jaren. Vnd do d.r vorgeschriebene Briff also für vns in Gerichte gelesen und verhoret wart / do legt vns für der obgenannte Johannes an stat der obgenannten Burger mit sinem Fürsprechen / wie daz denselben Burgern solich Koniglich Majestat Briffe an alle soliche Stete do sie der bedorfften schedeliche zu füren were / und bat unß darumb mit sinem Fürsprechen einer Vrteil / zu fragend ob denselben Burgern icht billich vnd zu Recht den obgeschrieben Maiestat Brieff vnter des ehegenannten Hovegerichts Brieff vnd Ingeß verschrieben solte in vidimus Wise / also wa sie dasselbe vidimus fürb echten an welchen Steten daz were für Gerichte oder anderswo daz dar solich Craffte und Macht haben solte / glicher Wiße alß ob sie den obgesagten Majestat Briff daselbist gegenwürticlich hetten oder furbrechten / daz wart in allis erteilt mit gemeiner Volg vnd Vrteil vff den Eit / darum gebieten wir allen und iglichen Landtrichtern / Richtern / Vrteilsprechern vnd mit Namen allen den den dieser Brieff gezeiget wirdet / daz sie die obgenannte Burger besambt noch besunder nicht fürtreiben / laden oder laden laßen noch Vrteil über sie sprechen oder sprechen laßen / in dheine Wyse sonder sie bey den obgedachten Küniclichen Gnaden und Fryheiten hanthaben / schützen / und geruwlich blyben laßen / wan wer oder die were die des nit enteten zu den wolten wir richten / als des ehegenanten Hovegerichts recht ist. Mit Urkunde diß Brieffs versiegelt mit desselben Hovegerichts eichen anhangenden Ingeßigel. Geben zu Prage des nesten Samstags vor Sant Mathens Dage nach Christus Geburte drützehen hundert Jar und darnach in dem vier und nunzigsten Jare.

Proba-

Probatio X.

WIr Maximilian von Gots Gnaden Römischer König rc. Bekennen offentlich mit diesem Brief und tun kund allermänniglich. Wiewol wir aus angeborner Güte und Keiserlicher Miltigkeit allzeit geneigt sein aller und jeglicher unser und des Reichs Underthonen und Getrewen / Ehre Nutz und Bestes zu fürdern und zu betrachten / so ist doch unser Keiserlich Gemüt men begirlicher zu denen / die sich allzeit gegen uns und dem heiligen Reich in getreu / gehorsam / Dienstbarkeit halten und erzeigen / sie mit noch mer unsern Keiserlichen Gnaden und Freyheiten zu begaben / Wann uns nun die Ersamen unser lieber andechtiger N. Apt und Convent des Gottshauses zu Keißheim fürbracht haben / wiewol ir Gotzhaus und Underthonen / mit ordenlichen Gerichten und andern Freyheiten und Privilegien / und altem Herkommen fürsehen / und sie den nachzuvolgen geflissig gewesen und noch werend so wurden doch darüber dieselben / ihre und ihres Gottshauß Underthonen und Verwandten / je zu Zeiten mit andern frembden außländischen Gericht zu recht erfordert und fürgenommen / daß ihnen zu mercklichem Schaden vnd Nachtheil raicht. Und uns darauf demuthigklich angerufft und gebetten / sie herinnen gnädigklich zu fursehen / daß haben wir angesehen solich ir demütig ziemlich Bitt auch die annemen / getrewen und nützlichen Dienst / so dieselben Apt und Convent, uns und dem heiligen Reich in manigfeltige Weis / offt williglich geton und erzeigt haben / und hinfüro in künfftig Zeit wol thun mugen und sollend. Und darumb mit wolbedachtem Mut / gutem Rhat und rechtem Wissen / dem vorgemelten Apt und Convent zu Keißheim und ihren Nachkommen / die besonder Gnad und Freyheit gethon und gegeben haben / thun und geben ihnen die von Römischer Keiserlicher Macht Vollkommenheit / wißentlich in Krafft diß Brieffs. Also daß nun hinfür in ewig Zeit der gemelt Apt und Convent zu Keißheim Gebiet / Diener / Hindersäß oder Underthonen die sie jetz haben / und hinfür überkommen / Mann und Frawen / an unser Hofgericht zu Rotwell noch einig Westvalisch oder ander ausser frembd Gericht umb was Sachen das sey / nit sollen fürgeladen / beklagt / oder daselbst wieder ihr Leib / Ehr / Haab und Güter / gericht / geurtheilt oder procedirt werden soll noch mag / sondern zu ihnen in gemein oder sonderheit Spruch / Fordrung zu haben vermeint / der sol und mag solch Fürnemen und Thun / vor dem obgenanten Apt und

Convent, und iren Nachkommen und Gerichten darinn die ihren seßhafft seind/ und sonst nindert anderstwo / da auch ein jeden auf sein gebührlich Erfordern fürderlich und unverzogen recht gestatt verholffen werden soll. Wo aber der vorgemelte N. Apt und Convent und ihrer Nachkommen Gebiet / Diener / Hindersessigen und Underthonen / Mann- und Frauen-Personen / oder ir Haab und Güter / samentlich oder sonderlich hierumb in unser Hofgericht zu Rotweil / oder einich Westvalisch oder ander frembd / und ausser Gericht fürgenommen / geheischen / geladen / daselbst beklagt / oder wieder sie ihre Ehr / Leib / Haab oder Güter / Gericht / geacht / geurtheilt / oder procedirt würde / in was Schein das beschehe. Setzen / ordnen und wöllen wir / daß dieselben Achten / Urtheil und Procesz, krafftloß / unbundig / und unmüglich sein / und denselben Apt und Convent zu Keißheim / noch den ihren / an ihren Leiben / Haaben und Gütern / Nutz kein Abbruch / Nachtheil oder Schaden gebern / noch bringen sollen noch mügen / in kein Weiß / dann wir dieselben Urtheilen / Achten / Proceß und Handlungen / jetzo als dann / und dann als jetzo aufheben / abthun und vernichten, alles von obbestimpter Keiserlichen Macht Vollkommenheit eigener Bewegnuß und rechter Wissen / in Krafft diß Briefs. Es were dann daß den Klägerrn auf ihr gebührlich Ansuchen / von dem obgemelten Apt und Convent ihren Nachkommen / oder iren Undergerichten / oder den ihren an den vorbestimpten Enden das Recht versagt / oder geferlich verzogen / daß offenbar und kundlich gemacht wurde. Alßdann mugen die Kläger in denselben Sachen das Recht suchen und nemen an den Enden / da ihnen das füglich ist / und sich gebürt / alles getrewlich und ungefarlich. Und gebieten darauf allen und jeglichen Churfürsten ꝛc. ernstlich und wöllen / daß sie den obgemelten Apt und Convent zu Keißheim und ihr Nachkommen / und ihr Gebiet / Diener / Hindersäß und Underthonen / an den obberürten unsern Keiserlichen Gnaden und Freyheiten / nit irren noch hindern / sondern sie der getrewlich gebrauchen / geniessen / und gütlich dabey bleiben laßen / und hiewiederumb nit thun / noch des jemandts zu thun gestatten / als lieb einem jedem sey unser und des Richs swere Ungenad und Straff / und darzu ein Peen / nämlich zweintzig Marck lötigs Golds zu vermeiden / die ein jeder / so offt er frävelich hiewieder thut / uns halb in unser und des Reichs Cammer / und des andern halben Theil / dem gemelten Apt und Convent zu Keißheim und ihren Nachkommen / unablässig zu bezalen verfallen sin soll. Mit Urkund diß Briefs / besigelt mit unserm Königlich anhangenden Insiegel / geben in

unser

unſer und des Heil. Reichs Stadt Franckfurt den 10ten Tag des Monaths May 1486.

Probatio XI.

Privilegium à Sixto P. V. Wormacenſibus contra Evocationes tributum. 1488.

SIxtus Epiſcopus Servus Servorum Dei ad perpetuam rei memoriam. Romani Pontificis plena vigiliis ſolicitudo requirit, ut circa vota perſonarum, præſertim erga Romanam Eccleſiam ſincera devotione ferventium ſe exhibeat gratioſam & propterea his quæ pro illorum gratificatione & civitatum ſeu oppidorum eorundem decore & univerſitate proinde fuerint ordinata ut illibata perſiſtant, cum humiliter petitur, robur apoſtolicæ confirmationis addicere, eaque de novo concedere conſuevit, prout rerum & temporum ac locorum qualitate penſata id conſpicit in Domino ſalubriter expedire. Sane pro parte dilectorum filiorum ProConſulum, Communitatis Civium, & incolarum civitatis Wormatienſis nobis nuper exhibita petitio continebat, quod licet per eos tam de ſe quam de aliis eorum Jurisdictioni ſubjectis nunquam fuerit juſtitia denegata, tamen ipſi per certos Frigravios nuncupatos & alios judices Weſtphaliæ & aliorum judiciorum vetitorum extra civitatem prædictam & ad loca plurimum remota & diſtantia ad quæ ipſi ProConſules, Conſules, Communitas, cives & incolæ ſeu eorum aliquis ſine magnis perſonarum & rerum ſuarum periculis pervenire, non poſſunt, ſepenumero trahuntur & evocantur in cauſa cujus occaſione ſint evocati variis laboribus & anxietatibus rerum ſuarum grande diſpendium evitare nequeunt, in eorum graviſſimam jacturam & gravamen quare pro parte ProConſulum, Conſulum, Communitatis Civium & incolarum prædictorum fuit nobis humiliter ſupplicatum, ut omnes libertates, gratias, privilegia & indulta quibus ipſa civitas & incolæ prædicti à diverſis tam Pontificibus Romanis prædeceſſoribus noſtris quam Imperatoribus Romanis & Regibus muniti & privilegiati exiſtant,

&e.iam

& etiam illa, quæ à cariſſimo in Cristo filio noſtro Friderico Romanorum Imperatore ſemper Auguſto eis conceſſa ſunt ratificare & confirmare ac aliis in præmiſſis opportune providere de benignitate Apoſtolica dignaremur. Nos igitur omnium libertatum, gratiarum, privilegiorum & indultorum prædictorum tenores, acſi de verbo ad verbum his infererentur præſentibus pro expreſſis habentes hujusmodi Supplicationibus inclinati, libertates, gratias, privilegia & indulta hujusmodi, ſi, & in quantum ſacris Canonibus non ſunt contraria Auctoritate Apoſtolica tenore præſentium confirmamus & approbamus, necnon pro potiori premiſſorum cautela, auctoritate & tenore prædictis ſtatuimus & decernimus ac eisdem ProConſulibus, Conſulibus, communitati, civibus & incolis concedimus, quod deinceps perpetuis futuris temporibus, ipſi ProConſules, Conſules, communitas, cives & incolæ ac eorum familiares, quive eorum ditioni ſubſunt, & qui ad eorum protectionem & tuitionem ſpectant & pertinent utriusque ſexus homines ſpirituales & ſeculares communiter vel diviſim ob cauſam ſeu cauſas, criminalem ſeu criminales, civilem ſeu civiles, mixtam ſeu mixtas, utiles ſive directas & alias quascunque ad quæcunque judicia vetita ſive liberas ſedes Weſtphaliæ & in Rotwille & Magdeburg, Fridtberg, Ducatus Franconiæ & Burggraviatus Nurenbergenſis, ac alia quæcunque extra dictam civitatem præſentia ſive futura judicia, quacunque authoritate fungentia, per eorum judices ſive Frigravios ad quorumcunque ſeu cujuscunque requiſitionem ſeu etiam ex Judicum ſive Frigraviorum præfatorum officio nequaquum deinceps citari ſive in cauſas inviti trahi poſſint quavis inſtantia etiam appellationis cujuslibet pro tempore interjectæ quamdiu erunt parati ſtare Juri coram eorum ordinariis judicibus & nihilominus dilectis filiis Sti Johannis Moguntinenſis, necnon Sanctorum Germani & Mauritii Spirenſibus, Decano & Cantori Sancti Andreæ Wormatienſis Eccleſiarum per Apoſtolica ſcripta mandamus, quatenus ipſi vel duo aut unus eorum, per ſe vel alium ſeu alios, eisdem ProConſulibus, Conſulibus, communitati, civibus, incolis, & aliis prædictis, efficacis defenſionis auxilio aſſiſtentes ac facientes ipſos libertatum, gratiarum, privilegiorum & indultorum prædeceſſorum noſtrorum, Friderici & aliorum Imperatorum & Re-

& Regum nec non Confirmationis, Approbationis, Conceſſionis, Decreti & Statuti, ac litterarum noſtrarum hujusmodi pacifica poſſeſſione gaudere, non permittant eos contra tenorem eorundem ac literarum hujusmodi per quoscunque moleſtari ſeu quomodolibet perturbari, contradictores, moleſtatores, perturbatores, & inquietatores per cenſuram Eccleſiaſticam & alia Juris remedia, Appellatione poſtpoſita compeſcendo, invocato ac hoc ſi opus fuerit auxilio brachii ſecularis non obſtantibus felicis recordationis Bonifacii Papæ octavi etiam Prædeceſſoris noſtri quibus cavetur ne quis extra ſuam civitatem vel Diœceſin niſi in certis exceptis caſibus, & in illis ultra unam diætam à fine ſuæ Diœceſeos ad judicium evocetur, ſeu ne judices à ſede prædicta deputati extra civitatem & Diœceſin in quibus deputati fuerint contra quoscunque procedere ſeu alii vel aliis vias ſuas committere præſumant, & de duobus Decretis in Concilio generali editis, necnon aliis Conſtitutionibus & Ordinationibus Apoſtolicis ac Statutis municipalibus & Legibus Imperialibus ceterisque contrariis quibuscunque, aut ſi aliquibus communiter vel diviſim, ab Apoſtolica ſit ſede indultum, quod interdici, ſuſpendi, vel excommunicari, aut ultra vel extra certa loca ad judicium evocari non poſſint, per literas Apoſtolicas nos facientes plenam & expreſſam, ac de verbo ad verbum de indulto hujusmodi mentionem.

Nulli ergo omnino hominum liceat, hanc paginam noſtræ Confirmationis, Approbationis, Conſtitutionis, Decreti, Conceſſionis & Mandati infringere, vel ei auſu temerario contraire, ſi quis autem hoc attentare præſumpſerit, indignationem Omnipotentis Dei, & Beatorum Petri & Pauli, Apoſtolorum ejus ſe noverit incurſurum.

Datum Romæ apud Sanctum Petrum anno incarnationis Dominice 1488. Id. Julii, Pontificatus noſtri anno Nono.

(L. S.)

Pro-

Probatio XII.

Ubi Senatus Argentinensis voluit, Francofurtensem in actione ex contractu orta in civem suum judicium exercere non posse, prohibentibus id privilegiis suis.

Gewalt.

WIr Rempolt Spender Ritter/ der Meister und der Rath zu Straßburg thun kundt/ nachdem nehist verschienener Franckfurther FastenMeß Hanß Gan von Spinal/ Schiffer Henrichen Unsern Burger eines vermeinten Schaden halb durch einen Schiffbruch beschehen zu Franckfurth mit Recht angelanget/ und alldar für Rath beklagen laßen/ welcher Rath auch zuwider Unser herbrachten Freyheit die Parthien für Uns zu recht nit understen zu weysen. Daß hierauff zu Handthabung unser statt Freyheit/ auch Unserm Burger zu guthen/ wir abgefertiget haben den Erbaren Steffan Saln Notarien unsern Burger bey einem Ehrsamen Rath zu Franckfurth/ vermög unser Statt Freyheit ernannten Kläger und Schiffer Heinrichen zu vermiten/ und zu weisen gütlich zubegehren/ wo aber das Statt nicht haben will/ So geben wir Ihm und alsdann/ und dann alß Jzt/ unser Walmuge und Macht und Gewalt gedachten Steffan Saln von unsertwegen und in unserem Nahmen für unser Interesse und zu Handhabung unser lang herbrachten Freyheit Sich von gedachten des Raths oder Gericht zu Franckfurth vor oder Endurtheil zu beruffen und zu appelliren für und an Röm. Kayserlich Mayest. Cammergericht oder wohin solich Appellation sambt den beschwehrten auch den Partheyen und Rechten zu insinuiren und verkunden und sonst alles und Jedes das in gemein und sonders hierinn zu handeln thun und laßen/ was wir selbsten solten können oder mochten. Was auch hierinn von gedachtem unserm Gewalthaber des Orths also gehandelt wird/ solchs alles gereden und versprechen wir bey unsern wahren Treuen und Ehren/ stet/ vest und ohnverbrüchlich zu halten/ alles treulich und ohngefehrlich. In Urkundt mit unser Statt anhangenden Insiegel bewahrt und geben uff Donnerstag den 9ten May Anno 1527.

Pro-

Probatio XIII.

Excerptum è Conradi Sam. Schurtzfleischii notis MSS. ad Prasseri Chronicon Waldeccense.

TOnna 1677. vendita pro 120000. Thal. 22000. creditoribus relicta, 9000. Illustriss. Georgio Friderico nomine æris alieni persoluta. Non interrogato nec in consilium adhibito Illustriss. quod tamen fieri debuit, quia Linea Isenbergica plurimum contulit ad acquirendam illam Dynastiam, & alioqui in præjudicium agnatorum, nihil transigi potuit, nec debuit. Inprimis opera Bannerii, necessitudinibus Badensibus & Waldeccensibus innexi, Dux Sax. Altenb. eo inductus est. Illustriss. Georgius Fridericus 1677. 5. Oct. postquam Septembri eodem anno conventio facta fuerat, Antwerpia ad Nobiliss. Viros Dan. Waldschmidium & Joh. Frideric. Mullerum rescripsit: So haben wir aus schuldiger Vorsorge vor Unser Haus und die Posteritæt, an euch desfalls dieses abgehen laßen / und im Fall der Verkauff allbereit würcklich vorgegangen oder obhanden wäre um noch geschloßen zu werden / euch befehlen wollen dagegen solennissime zu protestiren / und dabey alles zu beobachten / was zu Beybehaltung des gemeinschafftl. Interesse, und folglich dieser Herrlichkeit nöthig und dienstlich ist. Excell und MitInteressenten haben es auch Hertzog Friederichen verwiesen / der sich damit entschuldiget / er habe es nicht gewußt daß sie dagegen wären. Hinc in Rammium culpa translata.

Hinc Dux Gothanus solus se scribit Dominum in Tonna, Herrn zu Ravenstein und Tonna rc. quia ex patrimonio suo & propria pecunia eam Dynastiam acquisivit, etsi autem facto Contractu postridie pœnituit Illustriss. Chr. Ludovic. tamen Dux Fridericus noluit discedere à conventis, ac dixit: *Sciret se cum Duce Saxoniæ transegisse, & servaret, ad quæ se obligasset.* At ea transactio Jure non poterat esse valida, quia in præjudicium lineæ Isenbergicæ facta est, hinc & contra

Digitized by Google

eam tanquam interessatus Excellent. G. F. protestatus est, sed mortuo filio Carolo destitit.

Post Comitis Joannis excessum, fratres & agnati pactione facta sic partiti sunt: Illustrissimus G. F. accepit Comitatum Pyrmont pro se & sua linea, Chr. Ludov. Dynastiam Tonnanam, Josias præfecturam Landau & Wetterburg, quæ morte Josiæ ad Illustrissimum G. F. pervenerunt. Tonnæ Fridericus uxori suæ dotalitium constituit, sed ea mortua est postea. Es sind da 900. Unterthanen in der Herrschafft. Pyrmont war Gr. Georg Friderichen am gelegensten.

Probatio XIV.

Mandatum

De non amplius offendendo, nec turbando in Jurisdictione Territoriali, aut abstrahendo, subditos Wildeburgenses ad inobedientiam adversus ipsorum Dominum non concitando, neque eos in Patrocinium Clientelamve suscipiendo, restituendo damna & expensas sine Clausula.

In Sachen

Johann Carl Ludwig Wildt- und Rhein-Graffen zum Rhein-Graffenstein.

Contra

Churfürsten zu Trier und Consorten.

Wir

Wir Carl der Sechste von GOttes Gnaden Erwöhlter Römischer Kayser/ zu allen Zeiten Mehrer des Reichs/ König Inn Germanien/ zu Hispanien / Hungarn / Böheimb / Dalmatien / Croatien und Schlavonien. Ertz-Hertzog zu Oesterreich / Hertzog zu Burgundt/ Steyer/ Carndten/ Crayn und Würtenberg/ Graff zu Tyroll rc. rc.

Entbiethen dem Hochwürdigsten Frantz Georg Ertz-Bischoffen zu Trier des Heiligen Römischen Reichs durch Gallien und das Königreich Arelat Ertz-Cantzlern unserm lieben Neven und Churfürsten/ Wie auch denen Ehrsamen Gelährten unserm und des Reichs lieben Getreuen N. N. zu jetzternanten Sr. Lbd. Regierung verordneten Cantzlern und Räthen/ unser respective Freundtschafft / Kayserl. Gnad und alles guths:

Hochwürdigster Neve und Churfürst.

Wie auch

Ehrsame/ Gelehrte, liebe Getreue!

Was bey unserm Kayserl. Cammer-Gericht / der Wohlgebohrne unser und des Reichs lieber getreuer Johann Carl Ludwig Wildt- und Rhein-Graff rc. klagend unterthänigst für und anbracht / solches haben Ew. Lbd. und ihr ab hierbey gehender Supplication und deren Anlagen sub Num. 1. usque 28. inclusive mehreren Innhalts zuersehen.

Wann nun hierauff dieß unser Kayserl. Mandatum de non amplius offendendo nec turbando in Jurisdictione Territoriali, aut abstrahendo subditos Wildeburgenses, ad inobedientiam adversus ipsorum Dominum non concitando, neque eos in Patrocinium Clientelamve suscipiendo, restituendo damna & expensas sine Clausula vermittelst anheut unten gesetzten Dato ertheilten Decrets an und wider erst obgedachten Ew. Lbd. und mitbeklagte Cantzler und Räthe erkennet werden.

Hierumb so gebiethen Wir deroselben und Euch von Röm. Kayserl. Macht und bey Poen zehen Marck löthigen Goldtes/ halb in unsere Kayserl Kammer und zum andern halben Theil Ihnen Klägern ohnnachläßig zubezahlen / hiemit ernstlich und wollen / daß selbe und Ihr so bald nach Insinuation dieses / ohne einige Ein- oder Widerredte / klagendten Graffen / deßen Beambte und Diener / unter was Prætext das auch geschehe keines weegs beleidigen / in deßen Territorial-Jurisdiction beunruhigen / noch die Unterthanen von Ihrer Obrigkeith abziehen / und sie zum Ungehorsam wider ihren Herrn anreizen und schützen deme also würcklich nachkommen / als lieb seyn mag, vor angezeigte Poen zu vermeiden.

Daran geschicht unser ernstliche Meynung.

Wir heischen und laden dabeneben Ew. Lbd. und Euch von berührter unser Kayserl. Macht auch Gerichts und Rechts wegen hiermit auff den dreyßigsten Tag den nechsten Tag nach Uberantwort- oder Verkündung dieses deren wir deroselben und Euch zehen vor den ersten / zehen vor den andern zehen vor den dritten letzten und endlichen Rechts-Tag setzen und benennen peremptorie, oder ob derselbe kein Gerichts-Tag seyn würdte / den nechsten Gerichts-Tag hernach / an diesem unserem Kayserl. Cammer-Gericht durch gevollmächtigten Anwaldt zu erscheinen dero theilß geleistet / theilß willfährigen Willen und Gehorsam gebührend darzuthun / und zubeweißen / oder wo nicht / alsdann zusehen / und höhren dieselbe und Euch in vorgemelte Poen gefallen sein / mit Urtheil und Recht sprechen / erkennen und erklähren / oder Ursachen / warumb solche Erklährung geschehen solle / rechtlich vorzubringen / und endlichen Entscheidt darüber zugewarten;

Wann Ew. Lbd. und Ihr kommen und erscheinen / alsdann also / oder nicht / so wird doch nichts destoweniger auff klagendten Theils Anruffen und Erfordern hierin in Rechten mit gemeldter Erkantnüß Erklährung und andern gegen dieselbe und Euch verhandelt und procedirt / wie sich das seiner Ordnung nach gebühret.

Darnach sich dieselbe und Ihr Euch zu richten.

Geben inn unserer und des Heiligen Reichs Statt Wetzlar den zwey und zwanzigsten Tag Monaths Februarii nach Christi unsers lieben HErrn Geburth im

im siebenzehenhundert zwey und dreyßigsten · · unserer Reiche des Römischen im ein und zwantzigsten des Hispanischen im neun und zwanzigsten des Hungarisch · und Böheimbischen auch im ein und zwantzigsten Jahren.

Ad Mandatum Domini Electi Imperatoris proprium.

Johann Hennrich von Deesaucez
Kayserl. Cammer · Gerichts Cantzley · Verwalther mppr.

(L. S. Cæsar.)

Johann Weißkirch
Kayserl. Cammer · Gerichts Protonotarius mppr.

Probatio XV.

Sententia publicata 5. Maij 1730.

In Sachen Herrn Georg Wilhelm / Graffen zu Erbach · Reichenberg / Klägern / wider Herrn Carl Philipp Churfürsten zu Pfaltz, wie auch dero nachgesetzte Regierung und Consorten / in specie den von Ulner und von Prettack betreffend / Mandati respective Cassatorii, Inhibitorii & Restitutorii S. C. Ist das durch Dr. Hoffmann Sen. der Declaration pœnæ und arctiorum halber beschehen Begehren noch zur Zeit abgeschlagen / sondern Lt. Deuren, und Lt. Faber, ihres unerheblichen Einwendtens ungehindert / glaubliche Anzeige zu thun / daß dem Ausgangen verkündt · und reproducirten Kayserlichen Mandato mit würcklicher Auffhebung der an den Centgraffen zu Lindenfelß ertheilten Verordnung / auch Restituirung des abgenommenen / nicht weniger Abstellung aller deren in Supplica vom 4. Febr. jüngsthin / welche ad Acta zu registriren hiermit verordnet wird / ferner geklagten Thätlichkeiten / auch Widererstattung des weiters abgenommenen cum omni causa gehorsamlich

lich gelebet seyn / sodann ins künfftige von dem angemaßten Recurs an Chur-pfälzischer Judicia gegen Herrn Klägern / als immediaten Reichs-Stande in causa non feudali gelebt werden solle / Zeit 1. Monath pro Termino & prorogatione von Ambts wegen hiemit angesetzt / mit dem Anhang / wo sie deme also nicht nachkommen werden / daß Ihre Principalen jetzt alsdann / und dann als jetzt in die Straff berührtem Mandat einverleibt hiemit erklährt / fernere Procefs auch erkandt / daß sie ihrem Gegentheil die Gerichts-Kosten an diesem Kayserlichen Kammer-Gericht derentwegen aufgelauffen / nach rechtlicher Ermäßigung zu entrichten und zu bezahlen schuldig seyn / auch der Real-Execution halber ergehen soll / was Recht ist.

Sententia publicata 17. *Julii* 1730.

IN Sachen Herrn Georg Wilhelm Graffen zu Erbach-Reichenberg / Klägern / wider Herrn Carl Philipp, Churfürsten zu Pfalz; wie auch dero nachgesetzte Regierung und Consorten / in specie den von Ulner und von Pretlack / Beklagte / decisi Mandati respective Cassatorii, Inhibitorii & Restitutorii S. C. Ist Dr. Hoffmann Sen. sein des Mandati de exequendo halber beschehen Begehren noch zur Zeit abgeschlagen / sondern Lt. Faber und Lt. Deuren glaubliche Anzeig zu thun / daß der unterm 5ten Maij jüngst eröffneter Urthel gehorsamlich gelebt seye / Zeit annoch zweyer Monath pro Termino & prorogatione, von Ambts wegen angesetzt / mit dem Anhang / wo sie deme also nicht nachkommen werden / alsdann das Mandatum de exequendo aus der Cantzley verabfolget werden solle.

Sententia publicata 24. *Octobris* 1730.

IN entschiedener Sachen / Herrn Georg Wilhelm Graffen zu Erbach-Reichenberg / Klägern / wider Herrn Carl Philipp / Churfürsten zu Pfalz / wie auch dero nachgesetzte Regierung und Consorten / in specie den von Ulner und von Pretlack betreffend / Mandati respective Cassatorii, Inhibitorii & Restitutorii S. C. Ist Dr. Hoffmann / sein des Mandati de exequendo halber beschehen Begehren / noch zur Zeit abgeschlagen / sondern Lt. Faber und Lt. Deuren irrigen und unerheblichen Einwendens ungehindert / was sich auf

gegen

gegentheilige nach und nach eingebrachte designationes expensarum sub [86] [87] [88] [91] & [92] insonderheit zu handeln gebühret/ Zeit 6. Wochen/ pro Termino & prorogatione, von Ambts wegen angesetzt/ mit dem Anhang/ wo sie solchem also nicht nachkommen werden/ daß alsdann die Sache in diesem Puncto für beschlossen angenommen seyn/ und darauff ferner ergehen solle/ was Rechtens. Dann ist das in Recessu vom 18ten Septembris jüngst durch ermeldten Dr. Hoffmann Sen. gebettene Mandatum de manutenendo an die Herrn ausschreibende Fürsten des Fränckischen Creyses hiermit erkandt.

Sententia publicata 15. *Martii* 1731.

In endschiedner Sachen Herrn Georg Wilhelm/ Graffen zu Erbach-Reichenberg/ Klägern/ wider Herrn Carl Philipp Churfürsten zu Pfaltz/ wie auch dero nachgesetzte Regierung und Consorten/ in specie den von Ulner und von Preslack betreffend/ Mandati respective Cassatorii, Inhibitorii & Restitutorii S. C. Ist Dr. Hoffmann Sen. sein des Mandati de exequendo halber beschehen Begehren noch zur Zeit abermahlen abgeschlagen/ sondern die Sache in puncto damni, ablatorum & expensarum hiermit in Contumaciam non agentium vor beschlossen und die in [86] [87] [88] enthaltene Specificationes damnorum & ablatorum vor eingestanden angenommen/ auch seynd ferner die in [91] [92] designirte Gerichts-Kosten gemäßiget/ taxirt und erkandt/ schwöre Herr Kläger durch sich selbst oder durch seinen gevollmächtigten Anwaldt einen Eydt zu GOtt/ und auff sein Heiligs Evangelium/ daß er in dieser Sache 138. fl. 36. Kr. darüber, und nicht darunter ausgeben und erlitten habe/ daß alsdann Herr Beklagter und Consorten solche Summ/ auch oberwehnte zu 264 fl. 2. Pf. liquidirte damna & ablata in Zeit sechs Wochen und drey Tägen demnechst nach Ersuchung an diesem Kayserlichen Cammer-Gericht zu erlegen und zu bezahlen schuldig seyn sollen; und seynd von gedachten Gerichts-Kosten dem Procuratori 74. fl. 10. Kr. hiermit taxirt. Dann ist das durch Dr. Hoffmann am 9ten Martii lauffenden Jahrs in recessu orali gebettene Rescriptum Mandati de manutenendo, so viel den Herrn Marggraffen zu Brandenburg Onolzbach betrifft als auch berührten Mandati Extensio in specie auff die besage [100] angedrohete widerrechtliche und denen in gegenwärtiger Sache biß anhero ergangenen Urtheilen schnurstrack entgegenlauffende Beeinträchtigung erkandt.

Probatio XVI.

Prænobilissimo atque Consultissimo Viro Henrico Christiano Senckenberg.

S. D. P.

Franciscus de Bonarota, Consiliarius Aulicus.

Accepi, Consultissime Vir, accepi, inquam, Deductionem Juridicam, cui auctor (quem Dn. *Hildebrandum* Cancellariæ Directorem Erbacensem ajunt) titulum der Zerschelderung der Churpfälzischen sogenanten privilegirten Jurisdiction über die Churpfälzische Lehenleuthe oder pro memoria bekandt gemachtes Protocollum Judiciale, sambt darinn angezogener rechtlichen Bitte / in Sachen Herrn Georg Wilhelm Graffen zu Erbach-Reichenberg / contra Se. Churfürstliche Durchlaucht zu Pfaltz / dero nachgesetzte Regierung zu Mannheim / Freyherrn von Ulner und Consorten / imposuit, grataque mente agnosco, quod eam, pro tua, qua es, semperque fuisti, singulari humanitate, communicare mecum volueris. Quæris de Judicio meo, simul autem de tota causa, mihi quippe, quod adjicis, notissima, magis adhuc instrui cupis. Ego vero equidem novi, noctuas Athenas mittere vulgari dicto rideri, attamen cum jussus tuos Legum instar mihi statuerim, nec hic amice monenti deesse volui. Potero autem eo rectius Judicium meum interponere, quomagis jussu Illustrissimi Comitum Franconicorum Collegii materiæ huic olim multum studii dedi, statum ergo causæ integrum tibi proponam. Serenissimi Palatini, quibus Judicium suum sive Jurisdictionem privilegiatam tuetur, argumenta hæc fere sunt: (1.) Ludovicum Cæsarem An. 1344. Norimbergæ in vesp. S. Viti, Ludovico Palatino Electori, ejusque filiis masculis die (sunt verba prætensi privilegii) besondere Gnad und Freundschafft für alle andere Churfürsten gethan haben / und thun auch mit unserm Kayserlichen Gewalt / mit diesem Brief / daß wir wollen / daß alle sein und seines Leibes Erben / die Söhne seind / die von seiner oder derselben Söhne Frucht Afferkunft und Erben kommend / das Schi-

ne seind / die seind ihr Diener, Männer, Ritter oder Knecht, arm oder reich, wie die genand seind / oder wer sie seind, überall in seiner Herrschafft zu Beiern und am Rheine oder wo er / oder seine Leibs-Erben die Söhne seind / ihr Herrschafft gebreiten möchten / um keinerley Sache / die jemand hiezu zu sprechen oder zu klagen hätte / minder anderstwo zu recht stehen sollen / dann vor Ihm oder seinem Ambtmann. (2.) Hoc privilegium 1353. Carolum IV. agnovisse atque respexisse, cum causam inter Gerhardum Advocatum de Honolstein atque Johannem Comitem de Sponheim, ideo, quia Sponheimensis Comes Palatinus Vasallus erat, à Judicio suo Aulico ad Palatinum, Sententia lata, remitteret. (3.) Porro Auream Bullam tit. 11. von; Freyheit der Kurfürsten majus robur addidisse, perpetua Lege Jurisdictionem sanxisse, atque omnia contra eam suscepta nulla pronunciasse. (4.) Itidem Fridericum III. 1447. Maximilianum I. 1518. & Carolum V. 1521. Palatinum hoc non evocandi & Jus inter suos Vasallos dicendi privilegium confirmasse, extendisse, trangressoribusque graves pœnas proposuisse. (5.) Esse illud Judicio Camerali insinuatum, adeoque omnino observari debere, uti O. C. Pars 11. tit. 6. §. fin. & tit. 27. doceant, cumque Aureæ Bullæ conforme sit, vi Part. 11. tit. 20. fiscalem officii sui monendum fore, si quis contravenire audeat. Idque eo magis, cum (6.) Augustissimus Imperator tam in Judicii Aulici quam Rothwilensis Ordinatione, Privilegia Electorum inprimis observanda monuerit, eaque in sua Capitulatione nova promissione stabiliverit. Hinc vero (7.) evenisse, ut à tempore privilegii inde & Vasalli semper Jurisdictioni Palatinæ starent, sicut Exempla *Comitum Bipontinorum, de Bitsch, Sponheimensium, Rheni & Sylvarum Comitum Schœnbergicorum, Erbacensium, Leiningensium, Hanoicorum, Westerburgiorum*, aliorumque, magno numero adduci possint, si eo quidem opus.

Habes, Vir Amicissime, argumenta Palatinorum, quæ sane satis speciei præ se ferunt, si partis adversæ tela te lateant, unde & hæc in medium proferenda. Quoad (1.) ergo Vasalli immediati respondent (a) privilegium supra laudatum de An. 1344. prout illud *Lunigius* R. Arch. Part. Spec. unter Pfaltz p. 566. & *Anonymus* Dn. auctor des vorläufigen Berichts vom Adel in Teutschland p. 245. seqq. produxerit, nunquam

quam in rerum natura extitisse, cum nec exhibitum sit unquam in Originali, nec etiam stylus ævum Ludovici Bavari sapiat, præterea vero Diploma Carolinum 1353. indicet, Jus prætense concessum, non, quod textus Privilegii habet, Palatini solius proprium fuisse, sed omnium Electorum, quod ipsum diploma quæstionis aperte falsitatis convincat. (b) Etiamsi exstaret, nil aliud inde exsculpi posse, præter simplex Jus de non evocando, vi cujus Vasalli in territorio aut Bavarico aut Palatino existentes, neutiquam autem immediati, extra illud domicilium habentes, Judicio Palatini aut Bavari Electoris vel Ducis stare debuerint. Præterea (c) diu jam desiisse, utpote Rudolpho (non Ludovico) Electori ejusque filiis masculis solis tributum, qui vero nullum masculum sed tantum filiam Carolo IV. Imperatori nuptam reliquerit, quæ ipsa, multo minus autem Palatini Electoris hodierni à latere venientes, privilegii capax non fuerit. Ex quibus omnibus certo constet, aut nunquam fuisse privilegium, aut tamen hodie nullius effectus esse. Quoad (2.) circumstantias inprimis considerandas esse suadent, cum causa à Carolo IV. ad Electorem Palatinum remissa feudalis esse, aut vero (quod sæpius acciderit) Comes de Sponheim reus, Judicium Palatini prorogare potuerit, quo ipso tamen reliquis Vasallis, aut Jurisdictioni Imperii, nullum factum fuerit præjudicium.

(3) Auream Bullam non confirmare illud supradictum Palatini privilegium, plane gemina tamen ejus beneficio antehac soli Rudolpho & ejus heredibus masculis tributis, omnibus Palatinis Electoribus largiri, videlicet, ut subditi Comites, Equites, Nobiles & Vasalli, non autem immediate coram Palatino Jus reddere debeant. Neutiquam autem hoc ad immediatos Vasallos extendi quire, vel id esse indicio, quod nullus Ecclesiasticorum Electorum, qui tamen pari privilegio gaudeant, unquam Jurisdictionem privilegiatam prætenderit, verum verba A. B. tit. 11. semper in subditorum suorum commodum, ne illos evocationibus vexare liceret, verterit. Hoc vero Jus, non pinguius,

(4) Imperatores Augustissimos semper confirmasse, summos videlicet Status immediati Subditorum Imperii Conservatores, quibus

bus vi juramenti sui ne liceat quidem eos Jurisdictioni alterius subdere. Esse vero præterea Juris communis, nil novi dare confirmationem, sed antiquum Jus tantum conservare. Sicut nec

(5.) & (6.) in Ordinatione Cameræ, Judicii Rothwilensis, Aulici, aut Capitulationibus Imperatoriis diversum ab hoc jam explicato stabile fore decretum, unde valde incompetenter ad hæc provocetur. Quod vero ad fiscalem attineat, nec huic ullibi præceptum esse, ut privilegiatæ Jurisdictioni oculos intendat, quippe cujus officio potius incumbat, providere, ne ex A. B. aut privilegiorum injusta explicatione Immediati ad mediatorum conditionem tandem redigantur. Nunquam vero Imperatoris mentem fuisse Palatinæ Explicationi A. B. & privilegiorum velificari, satis docere plurima in causa Nobilitatis immediatæ tam à Judicio Imperii Aulico quam Camera Imperiali emanata Mandata ac Rescripta, queis Jurisdictione, privilegiata, utpote Legibus Imperii contraria, supersedere jubeatur. Ostendere id plurimos casus Historicos, quos in Erbacensi Deductione p. 20. & 21. necnon ejus Beylagis legere sit: Exemplis

(7.) loco prolatis reponunt, ea omnia nihil magis velle atque judicium amicabile aut Compromissarium, cujusmodi Judicis personam sæpissime, inprimis ante constitutum Judicium Camerale in causis Vasallorum suorum sustinuisse Palatinum, sit in propatulo. Quinimo ipsum Palatinum Electorem Ludovicum 1531. consensisse, ut in Sachen Schenck Eberhards Herrn zu Erbach Gemahlin Marien/ gebohrner Gräffin von Wertheim contra Graf Georgens zu Wertheim hinterlassene Kinder und Vormünder ipse Judex Compromissarius legeretur, eo ævo facturus non erat, si Jurisdictione privilegiata ordinaria fuisset instructus. Neque sane aliud indicare Exempla è Domo Erbacensi à Palatinis Consiliariis adducta, cum contra illa quæ de Comitibus Hanoicis proferantur, plane falsa sint, uti hoc ultimum latius deduxerit sæpe laudatus *Anonymus* des vorläufigen Berichts vom Adel in Teutschland/ p. 62. seq.

Sed de his quidem alii latius, inter cæteros autem auctor Deductionis primo loco dictæ non ineleganter disseruit, nunc autem judicium meum Te, Vir Consultissime, anhelare video. Existimo ergo Jurisdictionem privilegiatam Palatinam plane fundatam non esse, Exempla vero quæ pro illa afferuntur, ad Judicia Austregalia pertinere. Neque enim Te, Rerum Germanicarum peritissimum, fugit, omnes illos, qui Jurisdictionem sæpe dictam agnovisse prædicantur, eodem plane tempore alias ob causas in Judiciis Imperii stetisse, unde sane Palatina non alia esse potuerunt quam Compromissaria. Præterea crederem, multa Exempla quæ nominetenus à Palatinis jactantur, si penitius intuearis, ita fore comparata, ut nil minus quam Jurisdictionem Palatinam privilegiariam firment. Quod quidem in causa esse multi suspicantur, quare Probationes horum Exemplorum nullibi compareant, aut apponantur. De Hanoicis sane Experimento docuit laudatus sæpies *Anonymus*; ego alio probabo, quod tibi non ingratum fore existimo. Novisti Rhingravios tuos eorum in numerum referri, qui Palatinæ Jurisdictioni sponte se subdiderint. Mirabar Illustrissimos Comites; at cum in Fuchsianis (illius inquam *Fuchsii* qui Chronicon Spirense auxit, & Consiliarii Dhunensis dignitate ornatus fuit) Schedis perlustrandis occuparer, inveni tandem, esse eis decimas aliosque Reditus Landsassicos, pro quibus tam coram Regimine Palatino, quam etiam præfecturis superioribus sæpiuscule litigare coacti fuerint. Cogitabam statim hanc fore illam, quam tantopere deprædicant, privilegiatam Jurisdictionem, confirmatusque sum in mea sententia, postquam in Palatinatu existens ante quadriennium, denuo de his reditibus quæstionem esse cognovi. Non vero colla Palatinæ jurisdictioni submisisse in iis quæ hoc genus bona non concernunt Rhingravios vestros, eo tempore etiam cognovi, quo Consiliarius Rhingravii Steinensis sive Grehwillerani mihi, Darmstadii agenti, narravit, 1699. & 1700. vi Compromissi inter Dnn. Rhingravios Dhaunensem, Grumbacensem & Steinensem initi, Compromissario judicio Controversias eorum minuisse Serenissimum Landgravium Darmstadinum, Palatinis scientibus & minime contradicentibus, potius officia sua interponentibus, quo in Sereniss. Landgravium compromitteretur. Sed hæc omnia Tibi magis

erunt

erunt cognita, qui etiam noveris, qualis hodie circa Jurisdictionem Palatinam in vestra domo sit observantia. Comitum deinde Leiningensium allegationem quod concernit, ego ex Consiliariis Leiningensibus audivi, non succurrere sibi actus exerciti memoriam, cum potius centum causæ sint, de quibus Domini sui in Summis Judiciis Imperii aut agant aut respondeant. Atque sic quidem de Exemplis actum est, ut plane credam, ni alia re juvari possit Jurisdictio privilegiata, eam mox penitus interituram. Unicum tamen Exemplum restat, quod aliquatenus urgere videtur, Ruperti Palatini, prima vice in Informationis Donawerd. Part. I. Beyl. p. 245. è carceribus emissum, ubi Palatinus proponit, daß ein jeglich Churfürst die Freyheit hette/ das niemand keinen seinen Mann laden solt / für kein Gericht/ noch beklagen/ dan für dem Churfürsten des Mann er were/ und da solt dem Kläger unverzügenlich recht beschehen/ nach seines Hoffs Recht und Gewohnheit/ Imperator vero Sententia lata annuens, Gerhardum Advocatum de Hunolstein ad Electorem ablegat, adversum Vasallum ejus Sponheimensem Comitem, si velit, coram eo acturum. Neque enim sufficit quod supra regestum legimus, aut causam fuisse feudalem, aut Comitem sponte se Jurisdictioni Palatinæ subjecisse: Non prius, quia videmus in ipso Diplomate, de causa personali litem ductam, daß er in zu Schaden bracht auf viertzig tausend Gulden; nec posterius, quia non de facto Comitis sed Imperatoris quæstio est, qui attento privilegio omnium Electorum, se ipse incompetentem declaravit. Quid ergo? Sponheimensem tamen Comitem & ante sententiam Imperialem & post eam tot vicibus aut coram Austregis, aut vero coram Judicio aulico stetisse invenimus? Dices privilegia & non evocandi observantiam Palatinam Vasallis eo profuisse, ut volentes Palatini judicio uti, (quorum in numero Sponheimensem Comitem, utpote in Judicio Imperatoris jam bannitum, extitisse, res ipsa docet,) ad Imperatorem compelli nequirent, nolentes vero, ut sua Jurisdictione uterentur, Palatinus cogere non posset. Aliud si inde exsculpere velles, nunquam Sponheimensibus aut ad Austregas aut ad Cæsarem causas suas deferre (in rei enim id arbitrio erat eo Seculo) licuisset. Nec etiam generalis Status Jurisdictionis illius Periodi aliud credere permittit; nulla ibi coactio nisi in homines proprios, minime

me omnium vero in Vasallos. Valde simplex foret, qui illud ævum hodierni decempeda metiretur, eandem sane experturus dicam, atque ii, qui Jus Publicum Imperii ex Bartolo & Baldo explicant.

Contineat ergo se intra hos terminos Palatinus, cum nil ejus Jurisdictioni inde usque accesserit, quæ autem in Legibus Imperii disposita sunt, ad subditos tantum pertineant, nullo plane modo ad alios. Hæc vero omnia Tu, pro ea, qua polles, Eruditione, rectius noveris, cui paruisse gloriæ instar est. Cæterum cogitata tua pro meis Vicaria, atque favere ut pergas, est quod maximopere contendo, atque Jure quodam meo exigo. Dab. Francopoli CIↃIↃCCXXXII. Id. Jul.

Probatio XVII.

Extractus derer Kyrburgis. Hoffgerichts-Acten unter Philippo und Johanne VII. &c.

Seculo XVI. ineunte usque ad bellum tricennale.

IN Causa Burgermeister und Rath zu Kirpurg *contra* Validum Johannem de Imbschen.

In Causa Dorotheen de Liewenstein, *contra* Henrichs Hennen Anwalt Crazen Kinder.

Itidem in eadem causa Mittwochs nach Jacobi.

In causa Megenhausen Appellanten / *contra* Gerhardt Restock.

Itidem Donnerstags nach Jacobi. Montags nach Nativitatis Marie Anno Domini Millesimo, quingentesimo, decimo octavo. Dorothea de Lewinstein *contra* Henrichs Hennen Anwalt Crazen Kinder.

Eodem Junckher Johann von Imbschen *contra* die von Kyrburg.

Eodem sententia in causa von Imbschen *contra* die von Kyrburg.

Monds

Mondtags nach Johannis Baptiste MDXX. in causa Jeckel Müller von Uffhoven *contra* Hansen von Wachenheim.

Eod. Burgermeister und Rath zu Kyrburg *contra* Johann von Imbschen.

In causa Dorothee de Lewinstein *contra* Henrichs Hennen/ Anwalt Cratzen-Kinder.

Eod. in causa der Herrn von Reberßperg *contra* Lisen seligen verlaßen Witfrau.

In Sachen Johann Rockenhusers *contra* Heppenheimer. 1507.

1550. ist eine Sache beym Hoffgeriche anhängig gewesen zwischen Bernhart und Dyll von Hanenbach/ Actore und Juncker Fryderich dem jungen von Liewenstein/ Reo.

Unter denen Sachen so 1588. bey dem Hofgerichte anhängig gewesen / befinden sich laut Verzeichnusses: It. Diel und Bernhard von Hannenbach/ *contra* Juncker Friederichen von Liewenstein. It. Beckerhans von Medersheim / *contra* Juncker Johann von Spanheim / genandt Bacharach.

1603. den dritten May / und in vielen folgenden Schrifften supplicirt Adolph von Wildberg gegen die Adeliche Familie von Dhaun.

1604. schwebete an diesem Hofgerichte eine Sache Herman Würten von Wendelsßheim / *contra* den edlen und vesten Friederich von Eltz.

In dem Berichte der Appellation-Sachen am löbl. Rhein Gräfl. gemeinem Hofgericht zu Kyrn unerörterter schwebend den 4 Oct. 1606. zur Canzley Dhaun überschickt / befinden sich auch etliche dergleichen Sachen.

Im Bericht der am gemeinschafftl Rheingräfl. Hofgericht zu Kyrn von Altersher schwebenden Appellation-Sachen Ao. 1607. Herrn Hofgerichts-Räthen beyder Häuser Kyrburg und Dhaun modo de novo Ao. 1608. übergeben den 6. Oct. finden sich ihrer ebenfalls.

In fidem

(L. S.) Cancellaria Dhaunensis.

Probatio XVIII.

Copia.

Veneris 15. *Junii* 1731.

Hoff von Waldeck/ Curator, Freyherr von Ritter zu Grünstein/ *contra* den Graffen zu Grehweyler und die Unterthanen zu Uffelsheim in puncto Evocationis, sive Implorantisch: de rato & Mandato cavirender Anwaldt Hugo Xaverius von Heunisch/ sub præsentato 6. Martii nup. exhibendo allerunterthänigste Vorstellung/ supplicat hummillime pro clementissime decernendis severis patentibus de præstando debitam obedientiam una cum petitis cæteris ordinationibus Cæsareis. Appon. num. 1. usque 11. inclusive in duplo.

Idem von Heunisch sub præsentato 8. ejusdem exhibendo allerunterthänigste Additional-Vorstellung ad modo dictum exhibitum, supplicat hummillime pro clementissime maturanda ejusdem resolutione. Appon. num. 12. & 13. in duplo.

Idem sub præsentato 21. Maji nup. urget resolutionem. Appon. num. 17. & 18. in duplo.

Econtra Hochwildt und Rheingräfflicher Anwaldt Johann Heinrich Souffrein sub præsentato 6. April nup. producendo allerunterthänigste einsweillige Anzeige seiner Befugniß supplicat hummillime pro clementissima Communicatione & hac parte non audita nihil statuendo. Appon. Lit. A.

Cum inclusione Exhibitorum de 6. & 8. Martii nup. wie auch de 21. Maji rescribatur dem Rheingraffen zu Grehweiler:

Primo Ihro Kayserl. Majest. hätten daraus nicht ohne besonderes Befrembdeen ersehen/ was gestalten sich bemeldter Graff gantz neuerlich angemasset/ eine Causam mere civilem (nemlich die Bestellung eines zwischen der Boosischen Vormundschafft und denen Unterthanen zu Uffelsheim strittigge machten Schulmeister-Dienstes allda) ad curiam feudalem zu ziehen / von

Lehen-

Lehenhoffs wegen gedachte Vormundschafft ordentlich darzu zu citiren / Deputirte ad locum quæst. zu Untersuch- und Entscheidung dieser Civil-Sache abzuschicken / ja so gar bey billig nicht geschehener Erscheinung Contumacial-Decreta ergehen zu lassen / und was dergleichen mehr ist;

Gleichwie aber dieses denen Reichs kundbahren so offt und so nachdrücklich bestättigten Kayserlichen Privilegien der Reichs-Ritterschafft schnurstracks zuwider / und um so bedencklicher anzusehen / als der Beklagte auch nach Insinuation der Kayserl. Privilegien gleichwohlen auf solcher anmaßlichen Cognition beharret ist;

Also wolten Ihro Kayserl. Majestät nebst Auffhebung der incompetenter ergangener Citationen und Decreten dem Rheingraffen zu Grehweiler hiermit gnädigst aufferlegen und befehlen / daß derselbe sich in dieser Sache (als welche per rei naturam nicht anderst als Causa civilis seyn kan / mithin nullo modo ad curiam feudalem gehörig) aller weitern Cognition, Erkantnuß und Bescheidts / gänzlich enthalten / mithin die Sache von sich ab und ad judicem competentem ein vor alle mahl verweisen / auch übrigens die Unterthanen und deren respective Kinder in ihrer Halßstarrigkeit und ärgerlichem Muthwillen nicht steiffen / sondern seines Orths dieselbe / (inmassen auch unter heutigem dato ein Kayserl. geschärfftes Decret an die Unterthanen dißfals erkannt /) zu aller Bescheidenheit nachdrücklichst anermahnen / und anhalten / auch wie dem ein und andern vollkommen nachgelebt / innerhalb zwey Monathen an allerhöchstgedachte Ihro Kayserliche Majestät gehorsamst berichten soll.

Secundo fiat Decretum Cæsareum in terminis seriis dahin / daß die Unterthanen quæstionis sich aller Widersetzlich- und Widerspänstigkeit gegen die Boosisch-Waldeckisch-Vormundschafft / als ihre vorgesetzte Obrigkeit, ein vor alle mahl gänzlichen enthalten / ihren Kindern keinen Muthwillen und Aergernüß gegen den von der Vormundtschafft aufgestellten Schulmeister gestatten / sondern alle Bescheidenheit gebrauchen / und wann sie wegen Ersetzung des Schulmeister-Diensts zu Uffelsheim einiges Recht zu haben vermeynen, solches nicht vor dem Rheingräfflichen Lehen-Hoff (als wohin diese Sache ihrer Eigenschafft nach nicht gehörig) sondern vor der Reichs-Ritterschafft anbringen und des Bescheids in aller Gelassenheit / Fried und Ruhe abwarten / auch ihre Kinder zur Zucht und Erbarkeit anstrengen sollen / und diß alles bey Vermeydung scharffen Kayserlichen Einsehens und empfindlicher Bestraffung.

Tertio: Wann pars Impetrans die Possessionem vel quasi der Bestellung des Schulmeister-Dienstes quæst. besser/ als beschehen/ bescheinigen würde; so ergehet auch hierüber was Rechtens.

Quarto: Includatur prædictum Decretum Cæsareum der Boosisch-Waldeckischen Vormundschafft ad publicandum.

Arnold Heinrich von Glandorff.

Probatio XIX.

Martis den 24. *Julii* 1731.

Boos von Waldeck/ Curator, Freyherr von Ritter von Grünstein/ *contra* den Rheingraffen zu Grehweiler und die Unterthanen zu Hüffelsheim/ puncto divers. Gravam. sive Impetrantischer Anwaldt Hugo Xaverius von Heimisch sub puncto hujus satisfaciendo membro tertio Conclusi de 15. Junii nup. supplicat hummillime pro Clementissime nunc decernendo petito Mandato appon. num. 20. 21. 22. & 23. in duplo.

Fiat nunc petitum Mandatum de non turbando in possessione vel quasi einen Schulmeister zu Hüffelsheim zu bestellen/ nec amplius gravando nec via facti sed juris procedendo S. C. sub pœna 10. Marcarum auri annexa Citatione solita.

Arnold Heinrich von Glandorff.

Pro-

Probatio XX.

Litteræ Agnetis de Waldeck 1503. queis Superioritatem Territorialem Rhingravicam in Hustelsheim agnoscit.

Zu wissen daß ich Agnes von Waldeck Wittwe/ mich mit den von Hüffelsheim vertragen und überkhomen bin von der Dienst wegen sie mir und meinen Kindern jars von Gerichtswegen pflichtig und schuldig zu thun seint/ inmaßen hernach volgt. Also daß alle die jetzo oder hernach zu Hüffelsheim wonhaftig seint/ die da Pferd und Geschir hand/ die sollen alle Jars zwo Dinst uf mein oder der meinen Beger mit solchen Pferden und Geschir gen Montfort schuldig sein zu dienen/ und die zu Hüffelsheim wonen/ die nit Pferd han/ die man die Hepener nennet/ die sollen alle Jar uf mein oder der meinen Beger 3. Tag gen Montfort zu dienen schuldig sein/ und wan die obgenanten von Hüffelsheim solche Dienst wie obstet alle Jars gethan hand/ so sollen sie fürter alle andere Dienst die sie mir oder meinen Kindern von Gerichtswegen sein zuthun/ frei sten/ und nit weiter deßhalb pflichtig sein zuthun/ und soll diß Vertrag mich und meine Kinder auch die von Hüffelsheim/ nit lenger binden oder weren/ biß meine Kinder mit Namen Philips und Symon zu iren manlichen Tagen/ und sie dan das ir selbs vertedigen können/ bedeucht dann die obgenante Philips und Simon das die von Hüffelsheim weiter Dinst von Gerichtswegen schuldig zuthun were/ auch bedeucht/ die von Hüffelsheim daß sie an schuldigen Dienst beschwert weren/ so sollen beide Partheien die obgenant Brüder und die von Hüffelsheim/ meine gel. Junckern die Reingraven, als die Gerichtsherrn/ dorumb ersuchen/ und wan die Gerichtsherrn beider Partheien Gebrechen verhören, wes und wie sie dan die Gerichtsherrn entscheiden, dabei sollen es dann beide Partheien lassen, und seint dieser Zetel zwen gleich ausser ein geschnieden/ durch a. b. c. geschehen als man schreib ein Jar nach Christus Geburt funfzehenhundert und drei Jar uf Mitwoch Sant Kilians Tag.

Probatio XXI.

Copia Copiæ.

Ich Philipp Balthasar Booß von Waldeck Herr zu Montforth / thue hiemit bekennen / demnach meine Unterthanen zu Hüffelsheim vermeintlich einige Gravamina bey dem Lehnhoff wieder mich eingeben / Ich aber ihnen selbige keineswegs geständig bin; So gelobe und verspreche Ich dannoch meinen gnädigen Lehn-Herrn allein zu unterthänigen Ehren und meinen Unterthanen zu bezeugen/ daß ich nichts unbilliges begehre/ daß ich die Sach in dem Standt stehen lassen will / wie es vor diesen gesuchten Gravaminibus gewesen / auch in specie die Schaaff gegen Michaelis abzuschaffen / den Unterthanen aber zugelassen seyn / à dato dieses ihr Rindviehe wieder auszutreiben / mit dem Bedeuten / da ich solchem nicht nachkommen würde / daß alsdann meinen gnädigen Lehn-Herrn die Prosequirung ihres Rechtens zu Handhabung der Unterthanen vorbehalten seyn soll, bedinge mir aber expresse, daß diese Bewilligung an meinen Rechten, so wohl in possessorio als petitorio mir gantz ohnnachtheilig seye / gestaltsam dann selbiges ferner zu verfolgen / mir austrücklich vorbehalte / dessen zu Uhrkund hab mich eigenhändig unterschrieben / und mein Adlich Pettschafft beygedruckt / geschehen Kyrn den 28. April 1671.

(L. S.) Philipp Balthasar Booß
von Waldeck zu Montforth.

Daß vorstehender Revers einem von Herrn Rheingraff Johann Philipps von Dhaun p. m. unterm 3ten Novembris 1675. an Herrn Rheingraff Leopold Philipps Wilhelm von Grumbach b. m. erlassenen und in dem Grumbachischen Archiv befindlichen Original-Schreiben copiali-

plaliter beygeleget / und sich darauf bezogen worden / ein solches thue hiermit attestiren. Baumbach den 24. Jan. 1732.

(L.S.) Carolus Ernestus Walradus Fresenius,
Notarius Cæsareus publicus & juratus.

Daß vorstehende Copia, ihrer wahren vidimirten Copey gleichlautend / wird vermög beygedruckten Cantzley-Insigels hierdurch bekräfftiget. Dhaun den 28. Jan. 1732.

(L.S.) Wild- und Rheingräfl. Dhaunischer Cantzley Handschrifft. mppr.

Probatio XXII.

Copia.

Zu wissen, demnach zwischen dem Frey-Reichs-Hoch-Edelgebohrnen und gestrengen Herrn Philips Balthasar Boosen von Waldeck, Herrn zu Montforth ꝛc. als Hoch-Rheingräfl. Vasallen wegen des Dorffs Hüffelsheim und dessen Unterthanen besagten Dorffs sich einige zeithero einiger Mißverstand erhoben, und besagte Unterthanen dessentwegen dem Lehen-Hofe pro Judice imploriret, solchem Foro auch der Vasallus so schrifft- als mündlich gleichwie vor diesem geschehen, sich gerne submittiret, und dann der hochgebohrne Graf und Herr Herr Georg Friederich, Wild- und Rhein-Graff ꝛc. unser gnädiger Graff und Herr, als Aeltester des Rheingräfl. Stammes, folglich Activ- und Passiv-Lehnträger zur Bestellung des Lehn-Gerichts die Direction allein hat; Also haben Ihro Hochgräfl. Gnaden nach vorhergegangenen vielen Schrifftwechselungen die Anstalt gemacht, daß das Lehn-Gericht besetzt worden, und

und zu dem Ende Befehl ertheilet, daß dero Rath und Ambtmann Herr Johann Anthon Weyland J.U.L. sambt Secretario Herrn Johann Christian Wichten, mit Zuziehung des Dhaunischen Raths und Ambtmanns Herrn Ernst Weißmanns J.U.L. und Grombachischen Secretarii Herrn Johann Conrad Lichtenbergers sich nach obbesagtem Hüffelsheim erheben müssen, welche denn den 2. Octobr. 1676 solchen Befehl vollzogen, und sich in Hüffelsheim eingefunden, den 3. 4. 5. und 6ten die gegeneinander geführten Gravamina examiniret, Zeugen verhöret, Beweiß angenommen, und rechtlicher Verordnung nach biß auf den Ausspruch untersuchet, darauf den 7. ejusdem citatis & præsentibus oder denen resp. Gevollmächtigten auch Anwald, in pleno nachfolgende Urtheil laut Original-Protocoll publiciret und ausgesprochen.

Demnach bey angestellter Commission man die erschienene klagende Partheyen zu Genügen angehöret, auch die Klagden reifflich erwogen, ist man heut zum Abschied und möglichster Erörterung aller Klagden geschritten, und zuförderst diejenigen, welche die Unterthanen gegen ihren gebietenden Junckern geführet, und zu dieser Zusammenkunfft hauptsächlich Ursach gegeben vorgenommen, und zu recht befunden, daß erstlich der zwischen dem Juncker oder seinen Vorfahren und den damahligen Unterthanen den 27. May 1551. mit Assistentz des damahligen Kyrburgis. Ober-Ambtmanns von Stockheim aufgerichtete Vertrag, alles seines Inhalts und Clausuln ꝛc. so lang die Boosen von Waldeck Herren zu Hüffelsheim seyn, doch dem Rheingräfl. Lehen-Hofe an seinen Rechten nichts benommen, zu confirmiren, zu bestättigen, und nach demselben folgende Klagden, so viel ihr Fundament daraus holen, zu decidiren und zu erörtern seyen, gestaltsam wir denselben hiemit confirmiren, und unsere Decisiones darnach eingerichtet haben wollen.

Solchemnach und so viel das erste Gravamen oder die Beklagte Frohndt, Dienstboten Flachs spinnen, das Briefftragen und die Botten-Gänge, auch die angesetzte 3. Alb vor Futter und Mehl belangend, obwohlen der Juncker seiner Gelegenheit nach das Domicilium von Montforth nacher Bingen transferiret, daß dannoch dessen ohngeachtet ihme die in dem obangezogenen Vertrag de Anno 1651. verglichene Frohnd nicht

nicht zu nehmen oder abzusprechen seyen, deswegen vor billig und recht erkennen, daß die Unterthanen ihm solche gehorsaml. zu erweisen schuldig seyen, ob auch wohlen in mehrberührten Vertrag der Ort Montfort allein determiniret ist, daß doch solches bloß dahin angesehen gewesen, weilen der damahlige Juncker daselbsten gewohnet, also der einzige Juncker wohl befugt seye, die Unterthanen ihre Frohnd anderwärtlich, wann es nun in gleicher Qualität geschiehet, thun zu lassen, oder Geld dafür zu nehmen befugt seye. Nachdeme aber die Unterthanen sich über die excessive Æstimation beschwehret finden, wir vor billig und recht, dafern der Juncker die Frohnd in natura nicht gebrauchen wolte, daß eine jede Fuhr mit Abgang Futter und Mahl dem Juncker des Jahrs dritthalb Kopffstück jeden Tags, jede Handfrohn aber jeden Tag ein Kopffstück entrichte, dafern aber der Juncker seiner zutragenden Gelegenheit nach die Frohnd in natura gebrauchen wolte, daß ihme solche nacher Bingen oder Montfort zu gebrauchen erlaubet, doch dergestalt, dafern er solche nach Bingen gebrauchen wolte, eine Frohnd von zween Tagen abzunehmen, im übrigen aber die Unterthanen von allen Frohnd und Diensten, wie die Nahmen haben mögen, zu absolviren seyen, gestaltsam wir denn billig erkennen, daß die Unterthanen ihren Juncker ihre Kinder zu Knechten und Mägden gezwungener Weiß geben, auch keinen Flachs durch die Weiber spinnen, oder Botten-Gäng und Brief tragen zu lassen, noch 3. Albus vor Futter und Mahl zu nehmen, einige Weiß nicht schuldig.

Belanget das andere Gravamen und Repartition der Richter und Reichs-Steuer, nachdeme benebst den ältisten der Boosische Ambts-Keller selbsten gestehet, daß die Repartition vor diesem in drey Theil geschehen, und Waldeck ⅓ Meisenheim ⅓ und Montfort ⅓ erlegen müssen, und nachdeme Waldeck abgezogen, nunmehro Meisenheim so viel als Montfort zukommen; Als achten wir vor recht und billig, daß es noch zur Zeit bey solcher Repartition gelassen werde, je so lang, biß die Meisenheimer Unterthanen bey dem Lehen-Hof können liquido dociren, daß der Hüffelsheimer Vermögen grösser, als das Ihrige seye, doch mit dem Verstand, dafern zu des Junckers Contingent oder an sämbtliche seine Unterthanen einige Anlage oder einiges Quantum gefordert wird,

daß solches obgedachter Massen repartiret werde / dafern aber / wie biß dato geschehen / von ein oder ander Guarnison oder Officiren ein Orth in particulari solte graviret werden / die andere nicht darzu zu ziehen seyen / massen jeder Orth sein eigene Beschwehrung hat / derowegen wir die Unterthanen allhier nicht befugt befinden / dasjenige heraus zu fordern was sie in particulari zu viel bezahlt hätten.

Das 3te Gravamen und die geklagte Schaaf-Weyde belangend / so verwundert man sich / daß der Juncker wieder schrifftlich gegebene Parole sub dato den 28. April 1671 biß dato die Schaafe nicht völlig abgeschafft / zumahlen da man befindet / daß der Juncker in possessorio ordinario nicht fundiret / wird also vor billig und recht geachtet / daß der Rest von denen noch allhiesigen Schaafen samt dem Schäffer innerhalb drey Tagen abgeschafft / hinweg getrieben und keine mehr hieher gebracht werden / damit die Lehn Herrn nicht Ursach ergreiffen mögen zu mehrer Beschimpffung des Junckers entweder den Schäffer beym Kopff zu nehmen oder denen Unterthanen die Abschaffung der Schaafe selbsten zu lassen.

Das 4te Gravamen, nachdem sich befunden das dem Juncker 2. Tag das Bann Weinzapffen gebühre; Als achtet man für recht daß es auch dabey sein Verbleibens habe / doch dergestalt / daß die Wirth über solche Tage nicht beschwehret werden / sondern der Juncker den Rest vom Wein nach Verfliessung der zwey Tag dem Herkommen gemäß zurück zu nehmen gehalten seye.

Das 5te Gravamen hat seine abhelffliche Maaß / weilen die Gänse abgeschafft.

Das 6te Gravamen dafern wegen geforderter 4. fl. an das Gericht / der Juncker das in Protocollo de Anno 1629. angezogene alte Document produciren und daraus erweisen wird / daß das Gericht die 4. fl. schuldig seye / ist es recht und billig / daß sie den Hinterstand sowohl nachtragen / als auch Jährlich die 4. fl. bezahlen.

Das 7te Gravamen die begehrte Extradition Hüffelsheimer Weißthums läst man es billig bey des Ambts-Kellers gethanen Offerten dergestalten / daß bey künfftiger Belehnung derjenige Vollmächtige das Juramentum darüber

ex

Digitized by Google

ex speciali Commissione wird ablegen / daß es dabey sein Verbleiben habe/ man kan im übrigen nicht sehen / daß dieses Begehrens halber die Unterthanen mit Straff anzusehen seyen, maßen sie ziemlichen Beweiß beybringen / daß das Weißthum vorhanden gewesen / so findet man auch nicht unrecht zu seyn / wenn ein Unterthan seine Acta oder Documenta mit ziemender Bescheidenheit suchet.

Das 8te Gravamen, Weilen augenscheinlich das Lehn mit der Zeit verschmälert wird / wann der Juncker der Unterthanen Güther nach und nach solte an sich ziehen; Als ist des Ambts-Kellers Obligation desto billiger / daß der Juncker keine Güther mehr zu acquiriren begehre / wobey man es auch bewenden lässet/ doch dergestalt / wenn einige Güther von forensibus zu kauffen wären / und die Unterthanen nicht kauffen wolten / daß alsdann dem Juncker dafern er die Onera realia darauff nehmen wolte / zu kauffen ohnbenommen seye.

Das 9te Gravamen ist bey dem 3ten erörtert.

Das 10te Gravamen, Nachdeme auch über obige alte Gravamina der Unterthanen Anwald angezeigt / daß der Juncker aus der Frohnd mehrentheils ein Onus reale machen / und selbige auff Häuser und Plätze legen wolte / und dann in dem Vertrag teutsch enthalten daß die Frohnd nicht auf die Plätz und Häuser sondern auff die Pferdt / und in Ermangelung derselbsten / auff die Hand-Frohnd reflectire; als ist billig und recht / daß es bey mehr gemelten Vertrag dieses Posten halber gelassen werde.

Das 11te Gravamen, Nach deme auch die Unterthanen angezeigt / daß ihr gestrenger Juncker ehestens die Kirchen-Rechnungen abhören / mit den Kirchen-Knechten richtige Abrechnungen pflegen / und den Hinterstand bezahlen lassen/ so dann künfftig mit der Zahlung richtig einhalten / damit die Kirche daraus ein Capital machen und also zu bessern Mitteln kommen möge.

Das 12te Gravamen, auf die vom Juncker gesuchte Frevelung wegen abgenommenen Crantzes und Verhinderung der Thurn-Straffe; Nachdeme sich bey den ersten findet / daß die gemeyndten Schultheissen zugemuthet / einen andern Wirth zu bestellen / auch jederzeit Brauch gewesen / daß die Wirth nach

Verschiessung zweyer Tagen den Trang herunter gethan / und solches an dieselbe von der Gemeind nur begehret worden / und dann wegen des andern / nehmlich Verhinderung der Thurn-Straffe / auf Interposition Herrn Janhoffen sich der Juncker mit einem erträglichen Frevel abweisen lassen / die Gemeind auch den angezogenen Revers, als welcher nur von etlichen Gerichten unterschrieben / nicht acceptiren will / als kan man nicht sehen warum die Unterthanen wiederum mit hoher Straff zu belegen sind ; Sind also dieses unsere Gutfinden und Decisiones über diejenige Gravamina, welche der Juncker und Unterthanen biß dato gegen einander geführet / des Versehens / sie werden beyderseits Lehn-Herrn zu unterthänigsten Respect denenselben Parition leisten / und keines Theils Ursach geben / zu einiger Weitläufftigkeit zu Handhabung der Lehen-Herren Gerechtsamen und dieser Decisionen, gestaltsam ihnen dieses zu mehrerer Confirmation unter den hochgedachten Cantzley-Secreten sollen zugestellet werden.

Das 13te Gravamen, nächst diesem zwischen dem Gericht und dem Schultheißen einiger Mißverstand erwachsen / indeme diese sich beschwehren / daß der Schultheiß wieder Herkommen den Gerichts-Schreiber-Dienst versehe / und die Ingrossirung in das Gerichts-Buch / ohne Zuziehung der Gerichte verrichte / Schultheiß aber solches nicht gestehet ; als läst man es bey diesen Zeiten dabey / daß Schultheiß zwar das Gerichts-Schreiber-Ambt versehe / doch jedesmahl wenn etwas dem Gerichts-Buch einzuverleiben ist / der Schultheiß aufs wenigste zwey vom Gericht dazu erfordere.

Das 14te Gravamen, dieweilen auch die Gemeind sich beschwehret / daß biß dato schlechte Policey- und Justitien observiret werden / in specie auch Brictius Mohr sich beschwehret / daß er wegen eines geleisteten Eydes contra Simon Nida aus dem Gerichts-Stuhl seye gestossen worden / nunmehro aber / da sich befunden / daß er rechtmäßig geschworen / könte er dennoch ohngehindert er darum suppliciret nicht restituiret / werden. Als findet man vor recht und billig / daß die Unterthanen hierinnen klagloß gestellet / die Justitien besser observiret / die Policey gehandhabet / und da sich mit Brictius Mohren / die Sach obbedeuter Massen befinden solte / er restituiret werde / ist nun also des Versehens / es werde der Juncker in obgedachten Passibus die Unterthanen klagloß stellen / und gut Aufsicht haben daß künfftig solche Klag den von Schultheiß und sonsten nicht verursacht werden 2c. 2c.

Die

Digitized by Google

Diesem allem zu uhrkund nun ist das Hoch-Rheingräfliche Kyrburgische Cantzley-Secret hierbey gedrucket und diese glaubwürdige Abschrifft beeden Partheyen auf ihr Begehren mitgetheilet worden / Actum Kyrburg den 1. Martii 1677.

(L.S.)

DAß vorstehende Copia mit deme von der Rheingräflichen Kyrburgischen Cantzley der Gemeind Hüffelsheim ertheilet und unter Hochgräflichen Insiegel corroborirenden Exemplari collationando & auscultando verbotenus gleichlautend befunden / bezeuge Krafft meiner eigenhändigen Subscription und vorgedruckten meinem Notariat-Signet. Creutznach den $\frac{1}{2}$gten Novembris 1677.

(L.S.) Johannes Burckhardus Winoldus Not. Cæs. Publ.

PRæsentem hanc Copiam præhabita prius diligenti auscultatione suæ mihi exhibitæ Copia vidimatæ de verbo ad verbum respondere ac concordare, attestor ego infra scriptus Notarius hac mea manu, &

appositione Signi Notariatus consueti: Actum|Crucenaci die 26. Januarii 1730.

(L. S.) Ehrenfriedus Welbius

Sacra Imperiali Authoritate Notarius Publicus & Juratus, nec non Archisatrapiæ Crucenacensis Advocatus Ordin.

PRæmissam Copiam habita prius accurata Collatione suæ mihi exhibitæ Copiæ vidimatæ concordare, attestor ego infra nominatus Not. Publicus Cæsareus juratus hac mea manu & Sign. Notariatus appositione. Grehweiler die 21. Decembris 1730.

(L. S.) Johann Georg Hœpffner
Sacra Imperiali Authoritate Notarius Publicus Juratus &c.

IN-

Digitized by Google

INDEX
ABSOLUTISSIMUS RERUM AC VERBORUM
Quæ in Tomo II. Zangeri & reliquorum de Exceptionibus Scriptorum notanda sunt.

Prior numerus paginam, secundus paragraphum signat.

A.

Abigeatus.

In re minima non committitur. p. 641. §. 15.

Abolitio.

Quid? p. 584. seq. Abolitiones Juris Romani. Ib. seq. p. 612. seq. hoc Jure est necessitatis accusationem criminalem peragendi facta remissio. p. 585. §. 7. generalis Abolitio describitur. p. 586. & 613. Specialis explanatur. p. 587. 613. Legalis abolitionis definitio. p. 588. doctrina de abolitione Romana hodie plane nullius usus. p. ead. §. 16. aut tamen admodum parvi. p. 615. seq. Abolitionis hodiernæ definitio. p. 589. §. 18. ejus differentia à Romana. p. 590. est itidem vel generalis vel specialis. p. 591. seq. abolitio accipitur tantum de effectibus in ea expressis. p. 592. 602. sqq. est vel facti, vel Juris. Ib. vel hominis vel Legis p. 593 competit ei qui summo Imperio gaudet. p. 593. seq. in omnibus delictis locum sibi vindicat. p. 594. seq. Princeps abolitionem non potest revocare. p. 596. nec ejus successor hereditarius. p. ead. seq. abolitionis effectus. p. 597. seqq. 602. seqq. tertii interesse abolitione Principis præjudicium non fit. p. 598. reus tamen puniri postea nequit. p. 598.

598. seq. casus in quibus non obstante abolitione ob Interesse privatum agi potest. p. 600. seq. §. 36. habet vim rei judicatæ. p. 606. qui post abolitionem inquisitionem resuscitare tentat, injuriarum tenetur. p. 608. seq. Indulgentia criminum differt ab abolitione. p. 614. seq. Abolitio bene distinguenda à cassatione Processus criminalis. p. 616. Abolitio impetrata, num etiam involvat abolitionem Actorum? p. 1095.

Academia.

Academiarum directio vi Juris sacrorum summæ potestati debetur. p. 390. seq. §. 11.

Accessoria.

Accessoria describuntur & eorum natura expenditur. p. 655. seq. idem Juris est in accessorio, quod in principali. p. 657. re vendita etiam pertinentiæ debentur. p. 658. seq.

Accusatoirus Processus.

Processus accusatorius Romanorum describitur. p. 584. §. 6.

Acta.

Vide voc. *Rejectio ab actis.*

Actorum judicialium fides & auctoritas. p. 1091. seq. Actorum cassatio quando fieri possit? p. 1093. seq.

Actio.

Actionem qui habet possessione dejectus, is Exceptionem sibi vindicat dum possidet. p. 68. 69.

Actione contraria qui gaudet, recte cautitur in vim Exceptionis. p. 61. n. 30. seqq.

Actiones id genus an proponi possint, si ut Exceptiones proponi potuissent, aut propositæ amissæ sunt? p. 178. seqq.

Actio an ipso Jure nulla, an vero ope Exceptionis elidenda; in praxi longe differt. p. 78. seqq.

Actiones reales amissæ pacto non restituuntur.. p. 81.

Actiones num pactis nudis hodie producantur aut irritentur? p. 81. 82.

Actio directa & contraria moribus Saxonicis non in uno eodemque Processu tractari possunt. p. 180. §. 30.

Actiones quænam à Procuratore absque speciali mandato moveri possint? p. 740. seqq.

Actio petitoria si per sententiam actoris beneplacito permissa, an is hoc ipso contra actionem ex L. diffamari se defendere possit? p. 807. quando hoc in casu actio instituenda? Ib.

Actor.

Actor sæpe per judicem à limine judicii pro lubitu pelli potest. p. 1042. seqq.

Actor

Digitized by Google

Actor in criminalibus hodie non amplius pœnæ talionis subjacet. p. 588. seq.

Agenti ad interesse privatum, abolitione Principis non præjudicatur. Vid. *Abolitio*.

Actor.

Actorem ad causas qui constituant? p. 666. seq. Actorum plurium simul constitutorum potestas, p. 683.

Actoria.

Actoria quando in heredes concipienda? p. 677. seq. §. 8. quomodo fiant? p. 724. §. 5.

Adiaphora.

Num Princeps diversæ religionis adiaphora pro lubitu mutare queat? p. 472. §. 26.

Administrator.

Non nisi in foro gestæ administrationis conveniri debet. p. 231. §. 6. vid. *Forum*.

Pro civitate mutuum non contrahit. p. 1268. seqq.

Adulterium.

Adulterii indicium Murmuratio, Germ. sich einen Brummen schlagen lassen. p. 503. §. 12.

Advocatus.

Advocati dolus culpa vel negligentia, restitutioni in integrum locum facit. p. 165. §. 12. error à præsente cliente corrigitur intra triduum, ab absente etiam postea. p. 1123. seq.

Advocatus si patrocinium sub juramento promisit, postea vero causam injustam deprehendat, officium suum præstare non tenetur. p. 851.

Advocatus retinere potest acta pro salario suo nisi sint publica. p. 1024. seq.

Advocati de quota litis pacisci prohibentur. p. 1314.

Advocati fere in rabulas degenerarunt. p. 1077. seqq.

Ægrotus.

Ægroti fruuntur privilegio L. unic. C. quando Imp. inter pupillos. p. 332. referuntur inter miserabiles personas. p. 333.

Æquitas.

Æquitas cerebrina quid? p. 364. seqq. ejus divisio. p. 366.

Aggratiatio.

Fit criminis convicto, aut illud confesso. p. 590. §. 20.

Albergariæ Jus.

Albergariæ Jus si nimium extendi velit, remedia Juris parata sunt gravatis. p. 786. seq.

Alienatio.

Num permissa procuratori omnium bonorum? p. 711. seqq.

Alimenta.

De alimentis futuris transigi nequit. p. 1343.

Allegatio.

Nuda allegatio quomodo differat ab Exceptione? p. 11. p. 50. th. 4.

th. 4. dicitur alias Exceptio facti. p. 51. p. 80. p. 97. seqq. p. 108. th. 26.

Amnestia.

Amnestia differt ab abolitione. p. 589. §. 17.

Amor.

Amor furori similis. p. 1297. seq.

Anastasiana Lex.

Anastasianæ Legis beneficii origo. p. 875. seq. p. 1327. seq. pertinet illud ad omnes alienationes. p. 1331. causa movens. p 881. seqq. licet à nonnullis desuetudine inumbratum credatur, potius tamen adhuc valere dicendum. p. 881. seqq. p. 1327. seq. licet hodie Exceptione hac opposita expensas itineris à reo petere. p. 885. seq. an ut Legi Anastasianæ locus sit requiratur, ut pretium justo sit dimidio minus? p. 886. Vid. *Cessio nominis.* Lex Anastasiana etiam eo pertinet, si fides de pretio cessionario habita, & nihil solvere tenetur debitor, donec cessionarius se creditori reapse satisfecisse probaverit. p. 890. n. 49. sqq. residuum debiti, quod cessionarius cedenti non exsolvit, cui adjudicandum? p. 891. sqq. p. 1328. seq. pro debitore calculus ponitur. p. 896. sqq. p. 1329. seqq. animo vexandi cessante, non est locus legi Anastasianæ. p. 899. non obtinet in cessione nominum hereditariorum inter coheredes facta. p. 900. seqq. nec in collegatariis quoad parem casum. p. 904. nec in sociis. p. 904. quomodo obtineat in tota hereditate vel parte ejus vendita. p. 905. cessat quando quis debitum comparavit, defendendæ suæ possessionis causa. p. 906. seq. etiamsi sit malæ fidei possessor. p. 908. seqq. aut tantum hypothecarius cum constituto possessorio. p. 910. an etiam cesset in nudo hypothecario, aliud debitum comparante? Ib. seq. non pertinet ad eum, qui in contractu emtionis Venditionis debita exsolvenda suscepit. p. 911. non obtinet Lex in nomine simpliciter donato. p. 919. seq. fraus tamen abesse debet, & juramento locus est. p. 920. licet nomen pro parte vendere, pro parte donare, sed diversis personis. p. 921. etiam uni eidemque personæ, si donetur ob benemerita. p. 922. cessat in iis quæ fiunt ex necessitate. p. 926. seqq. si cessionarius inductus à cedente. p. 931. non vero cessat, si nomen dubium in alterum translatum sit. p. 931. seq.

Annui reditus.

Annui reditus minoris atque pro

vero

vero pretio licite venduntur. p. 917. seq.

Antichresis.

Antichresis moribus licita p 856.

Aperturæ Jus.

Aperturæ Jus in castris subditorum Principes sibi reservare solent. p. 786

Appellatio.

Appellationi binæ conformes sententiæ non officiunt. p. 952. tres vero eam præcidunt. pag. 953. sq. tam in interlocutoriis quam definitivis. p. 965. sq. tam si Judex idem, quam si plures eas tulerint. pag. 966. sqq. num in dubio pro conformitate pronunciandum? p. 969. sq. quæ dicantur tres conformes sententiæ hoc effectu. p. 955. sq. p. 962. sq. an etiam inter eas connumeretur laudum arbitri? p. 957. sq. an Commissariorum sententia? p. 958 an sententia declaratoria? p. 958. sq. an à sententia appelletur, quæ tres conformes adesse definit? pag. 959. sq. provocari potest si tertia addat novum gravamen. p. 960. sqq. de usu forensi hujus doctrinæ. p. 975. sqq. remedia contra tres conformes sententias. p. 980. sqq. an à tribus conformibus appellans committat pœnam statutariam? p. 985. sqq. quid faciendum, si uterque tres conformes obtinuisset? 987. an à tribus conformibus tertius interveniens appellare possit? p. 988. sq. admittitur hoc in casu appellatio quandoque in criminalibus. p. 989. sq.

De appellationum frivolarum cumulo querela. p. 1083. sq. appellationes non promiscue recipiendæ. p. 1084. p. 1087. sq. Apostoli sunt vel reverentiales vel refutatorii. p. 1085. horum forma. Ib. quando judex inferior possit Appellationem rejicere? p. 1085. sq. de summa non appellabili. p. 1088. causæ aliæ in quibus appellationes non recipiuntur. p. 1089. sq. si rejecta appellatio ut injusta aut frivola, tunc cessant omnia alia remedia. p. 1102. n. 36.

Appellatio quibus in casibus requirat speciale mandatum. p. 706. sq. p. 749. sq.

Appellatio ab exequente non habet effectum suspensivum. p. 187.

Clausula *appellatione remota*, cujus effectus sit? p. 206. 207.

Appellationes à Germanis ægre toleratæ, p. 1386. sq. causa hujus renisus. Ib. non tamen plane majoribus nostris erant incognitæ. p. 1387.

Appellatio ad Pontificem.

Appellatio ad Pontificem olim in se-

secularibus è Germania satis frequens. p. 457. p. 1388. sqq. p. 1409. hodie prohibita. pag. 457. sq.

Appellatio ad Imperatorem.

Appellatio ad Imperatorem num in causis Eclesiasticis Protestantium fieri queat? p. 462. sq. num ad Cameram in ejusmodi causis appelletur? p. 464. sqq. quod plane negatur? p. 475. sq. p. 491. th. 54. p. 1086. ne quidem licita est in causa matrimoniali ab interlocutoria, qua judex se competentem pronunciat. p. 486. sq. ne in possessorio quidem è terris Brandeburgicis appellare licet si causa spirituale quid sapiat. p. 489. sq.

Appellatio ad summa Imperii tribunalia, num à statu aliquo possit prohiberi? p. 490. sq.

Arbitri.

vel Juris sunt, vel Compromissarii. p. 957.

Argentarius.

quo in loco rationes reddere debeat? p. 241.

Arrestum.

Non ita facile decernendum. p. 1051.

Aurea Bulla.

Ei vindicatur locus c. 11. in fin. p. 1463. sq.

Austrega.

Austregæ non possunt judicare in causis matrimonialibus Principum Imperii protestantium p. 467. 468.

B.

Basilicorum libri.

Basilicorum libri nullius sunt in foro auctoritatis p. 901. sq.

Beneplacitum.

Beneplacitum quid denotet? p. 766. sqq. de Beneplacito restricto ut & libero & absoluto. p. 771. sqq. aliquarum formularum huc pertinentium intellectus. p. 773. sqq. de reservato beneplacito Principis. p. 777. sqq. formulæ quibus beneplacitum constituatur? p. 809. sq. Beneplacitum reservatum quid operetur? p. 810. sqq. an beneplacitum in heredem transeat? p. 811. an qui semel beneplacitum suum declaravit, deinde variare possit? p. 812. vid. *Precarium*, quæ actiones dentur pro revocando beneplacito? p. 814. concessio ad beneplacitum perpetua censetur, p. 814. sq. nec sine causa retractatur. p. 818. unde non revocata præsumitur, nisi id evidentissime probetur. p. 817. contraria beneplaciti. p. 817. sqq. morte concedentis revocatur beneplacitum. p. 819. argumen-

Digitized by Google

gumenta contraria. p. 821. sq. sæpe tamen morte non perit. p. 820. sq. differentia inter formulam quoad usque velim & quoad revocavero. pag. 822. quando beneplacitum ratione officii aut dignitatis concessum videatur? p. 623. sq. ad finiendum beneplacitum mors civilis non sufficit p. 826. sqq. quomodo differat à precario? p. 828. sqq.

C.

Cambium.

CAmbiis quæ obstent Exceptiones? p. 86. th. 9. p. 129.

Cambialis causa si clericum concernat, coram Consistorio expedienda p. 318. §. 22.

Cambiale Jus non à Romanis sed Germanorum moribus est. p. 551. §. 10.

Camera Imperialis.

Camera Imperialis est Evocationum à Pontifice aut nuntiis factarum vindex. p. 1417. judicat quoammodo de privilegiis Cæsareis. p. 1441. sq. non cognoscit de causis fractæ pacis publicæ mediatos tangentibus. p. 1467. sqq. ejus Evocationes queis adhucdum gaudet pag. 1460. sqq. num cognoscat in causis Ecclesiasticis Protestantium? p. 464. sq. num in matrimonialibus speciatim? p. 468. Protestantes eam agnoscunt iis in causis, quæ bona vel Jura in alieno, litigioso vel communi territorio concernunt. p. 468. sq. ut & in turbationibus ob religionem. p. 470. num hoc casu etiam mediati in ea conveniantur? p. 470. sq. num eo eveniente subditis adversus dominum territorii ab ea Processus decernantur? p. 471. §. 24. non judicat de controversiis ipsam religionem tangentibus. p. 473. §. 27. recusata Seculo XVI. à Protestantibus. Ib. sq. cognoscit de hæreticis & eorum hospitatoribus. p. 474. nonnunquam ad eam devolvuntur causæ Ecclesiasticæ per indirectum p. 485. sq. In Ecclesiasticis contra Protestantes ne quidem Promotoriales decernit. p. 488. aut remedio nullitatis succurrit. p. ead. sq. non curat Exceptionem trium sententiarum conformium. p. 972. sq.

Camera non admittere creditur revisionem post tres conformes sententias. p. 974.

Cancellarii.

Cancellariorum Academicorum constitutio cui competat? p. 390. sq.

Canonicum Jus.

Jus Canonicum in terris Prote-

ſtantium eatenus obtinet, quatenus uſu receptum. p. 305. ſq. ſubſidiariam auctoritatem habet in Germania. p. 542. ſq.

Catholici Principes.

Non gaudent Jure ſacrorum intuitu ſubditorum ſuorum Evangelicorum. vid. *Jus Sacrorum.*

Cenſus.

Cenſus minoris vendi poteſt, atque ejus ſumma capitalis efficit. p. 918. n. 46.

Ceſſio bonorum.

Liberat ab Executione. pag. 193. 194. an renunciationem admittat? p. 1145.

Ceſſio nominis.

Ceſſio nominum ſemper licita fuit. p. 878. etiam debitore inſcio vel invito. Ib. ſqq. pro nomine ceſſo quodnam pretium juſtum judicetur? p. 886. ſq. pretium ſolutum an ſufficienter probetur per inſtrumentum ceſſionis? p. 887. ſq. juramentum ut accedat requiritur. p. 888. ceſſo nomine liquido Legi Anaſtaſianæ non eſt locus. pag. 889. n. 46. ſqq. pag. 911. ſqq. in nomine ceſſo præſtatur tantum veritas, non bonitas. p. 902. ſqq. Ceſſio nominis 500. ſolidos excedentis gratuita, omnino inſinuanda eſt. p. 923. ſqq. ceſſio non poteſt fieri in potentiorem p. 1280. nec à Judæo in Chriſtianum aut vice verſa. p. 1281. ſq.

Ceſſionarius.

Ceſſionarius actionis non neceſſario opus habet mandato procuratorio. p. 673. niſi quando vult actione directa experiri. p. 674. quomodo ſe legitimet ad cauſam? p. 674. ſq.

Charitativa ſubſidia.

quid circa ea Juris? p. 790. ſq.

Charta blanca.

Charta blanca an ad mandatum ſufficiens? p. 721.

Civitates municipales.

quatenus Jure ſacrorum gaudeant? p. 386.

Clauſula.

Clauſula *ſuper his omnibus & ſingulis* &c. quas virtutes habeat? p. 1059. ſq.

Clericus.

An Jure Græco-Romano evocari potuerit? p. 1383. ſortitur forum contractus. p. 18. th. 20. & rei ſitæ. pag. 20. th. 23. imo etiam geſtæ adminiſtrationis ſecularis. p. 235. th. 3. Clericus tutor ubi conveniendus? p. 240. §. 2. eorum forum apud Evangelicos plerumque privilegiatum niſi certis in caſibus. pag. 306. ſq. ſpecialior hujus thematis Expoſitio p. 307. ſqq. non tamen opus eſt, ut ſemper ſe

para-

Digitized by Google

paratum iis Consistorium constituatur, sed possunt etiam Magistratibus minoribus subjici. p. 303. sq.

Clerici subjecti sunt summæ potestati Civili. p. 278. sqq. pag. 285. sqq. Eorum Electio cui tribuenda? p. 281. de Vocatione & confirmatione ad summam potestatem spectantibus. p. 282. sq. Clericorum præcipue prava dogmata principi coërcenda. p. 286. sq. non tamen nimium hic summæ potestati largiendum p. 287. 288.

Clericorum Exemtio à potestate civili quomodo & quando facta? p. 290. sqq. ex principiis catholicis eorum Exemtio hodienum firmo stat talo. p. 456. §. 7. p. 457. sq. §. 9. non nisi coram foro suo privilegiato in possessorio & petitorio conveniendi. pag. 479. sqq. eorum murmuratio adversus Pontificem quomodo coërcenda? p. 500. sq. num apud catholicos summa potestas in eos possit animadvertere? p. 392.

Clerici an possint gaudere summo Imperio? p. 378. sq. §. 4. Clerici fere omnium in sacris malorum auctores, dum dominatum affectarunt. p. 450. sq.

Clerici Laicis in omnibus superiores p. 459. §. 10.

Clerici reliqui præter Abbates & Monachos, testamenta licite condunt. p. 634.

Clientes.

Clientum derer Schutz-Verwandten Collectatio, vi ac metu obtenta, Jus non tribuit. p. 528.

Collecta.

Ad beneplacitum subditorum aut Vasallorum solutæ, nullum Jus in Principem transferunt. pag. 787. sqq. vid. voc. *Charitativa subsidia.*

Commissarius.

Commissariis opponi potest Exceptio præventionis. pag. 24. th. 30.

Commissorium Pactum.

In pignore non valet, etiamsi juramentum accesserit. p. 856.

Commodatum.

Commodatarius num utatur Exceptionibus retentionis & compensationis? pag. 72. in commodato quæ tam commodanti quam commodatario sint Exceptiones? p. 1350. sq. Exceptiones in commodato à fine derivatæ. p. 1366. sq.

Communi dividundo judicium.

Exceptiones contra illud. pag. 1363. sq.

Compensatio.

Compensationis Exceptio p. 41. th. 61. p. 42. th. 66. an competat commodatario? p. 72. sq. aut

aut depositario? Ib. obstat cambio p. 86. th. 9. Executioni. p. 196. objici potest, licet sub juramento quis solutionem promiserit. p. 871. sq. affinis est retentioni. p. 1037. sq.

Competentia.

Beneficii competentiæ Exceptio mere personalis est, p. 7. & 8. quibus detur? p. 191. sq. §. 10. an ei possit renunciari? p. 1144. sq.

Concilium.

Concilium de rebus fidei quomodo legitime congregetur? p. 398. in eo summa potestas Principis, non Pontificis. p. 399.

Conditio.

Conditionum impossibilium valor si testamentis adjiciantur. p. 1221. sqq.

Conductus delinquentium.

Vid. *Delinquens.*

Si in hujus conductus præjudicium adeoque non impetrata venia transitus cum delinquente per territorium fiat, sequitur Protestatio. p. 272.

Confessio.

Confessio non est, si actor opponat Exceptionem, sub conditione, si actor intentionem suam probaverit. p. 112.

Confessio propria non officit veritati. p. 86. th. 8. licet judicialis sit, p. 1125.

Confessio delinquentis erronea, licet jurata, nil operatur. p. 843. nulla etiam est, si non fundetur super indiciis. p. 844.

Confessio delinquentis extrajudicialis, sufficiens est ad torturam p. 258. §. 14.

Confirmatio.

Confirmatio judicis quid operetur? p. 765. §. 5. Confirmationum privilegiorum quis effectus. p. 815. sq.

Conjecturæ.

Quando de defensione homicidæ agitur, conjecturæ pro eo militantes prudentis judicis arbitrio relinquendæ. p. 579. faciunt eum aut absolvi. 579. sq. aut vero pœnæ conciliant mitigationem. p. 580.

Conjuges.

sibi invicem donare nequeunt. p. 1278. sq.

Connexitas causarum.

Connexitas causarum, quæ actorem supremum judicem statim implorare facit, aufert clerico suam privilegiatam instantiam. p. 315. inter Evangelicos. p. 316.

Continentiæ causæ varia Exempla. p. 659. sq.

Consistorium.

Quibus personis constet? p. 394. quomodo differat à Senatu Ecclesiastico? Ib.

Con-

Consistorium pro causis Clericorum instituere injustitiæ nil alit, necessaria tamen ejus constitutio non est. p. 303. sq. p. 395. th. 13. p. 466. §. 18. Consistorialis jurisdictionis apud Protestantes ambitus. sqq. p. 465. sq. utile est principi Evangelico Consistoria conservare. p. 466. §. 18.

Consortium litis.

Consortium litis efficit, ut si interesse sit individuum, alter ex consortibus alteri prosit ad restitutionem in integrum impetrandam. p. 164. 165. §. 13.

Constantinus M.

Episcopalem audientiam instituit. p. 294. sq.

Constitutum possessorium.

Quid tribuat? p. 910. n. 14.

Consuetudo.

Consuetudo murmuratione interveniente non convalescit. p. 532. sq. consuetudinem unicus actus contrarius interrumpit. p. 533.

Judex qui consuetudinem loci notoriam non attendit, nullitatem committit. p. 212.

Contractus.

Vocis Contractus homonymia. p. 1250. sq. contractuum origo. p. 1253. sq. definitio. p. 1256. contractus nominati & innominati p. 1257. contractus verbales, litterales, reales, consensuales, veri & quasi Contractus. Ib. bonæ fidei & stricti Juris. p. 1258. contra bonos mores initi invalidi sunt, ut ne juramento quidem confirmentur. p. 1258. sqq. de contractibus invalidis. p. 1262. sqq.

Contractus ob minimam læsionem non rescinditur. p. 643. sq. sed præcise requiritur læsio ultra dimidium. p. 644.

Contractus etiam principem ligant. p. 783. sq.

Contractibus quatenus jocus ab una vel altera parte interveniens officiat? p. 1206. sqq.

De formalibus naturalibus & accidentalibus Contractuum. p. 1344. sq.

Contractus litterales.

Exceptiones contra illos. p. 1354. sq.

Pacta contractibus adjecta.

Quæ contra illa Exceptiones? p. 1371. sq.

Contractus forum.

Vid. voc. *Forum.*

Contributiones.

Vid voc. *Collectæ.*

Contumacia.

Quomodo contumacia committatur? p. 28. sq.

Crimina.

Sunt aut majora, aut minora. p. 629. & 630.

Super crimine publico transactio illicita. p. 1340.

Criminales causæ.

Criminales causæ etiam post condemnatoriam sententiam Exceptiones admittunt. p. 147. th. 43.

Hæ semper præjudicium faciunt civilibus nisi paucis admodum in casibus. p. 660. sqq.

De Evocationibus in Germania usitatis quod ad causas criminales. p. 1424. sq.

Curator minoris.

Curator in judicio absque curatorio non admittitur. p. 681. Ex pluribus curatoribus non unus solus agit, nisi certis quibusdam in casibus, p. 681. sq. post litem contestatam potest procuratorem constituere, si ipse eam contestatus. p. 682.

Curator mulieris.

Quæ circa curatores mulierum in Saxonia observantia? p. 679. sq.

D.

Datio in solutum.

Datio in solutum nolenti creditori obtrudi non potest. p. 193. 194.

Debitum.

Quodnam debitum liquidum censeatur? p. 1032. sq.

de cessione debiti vid. voc. *Cessio.*

Debitorum præscriptio nunquam procedit in ipso debitore, bene tamen in ejus herede. p. 534.

Debitor.

Debitor fugitivus etiam Clericus, à judice seculari custodiæ mandari potest. p. 313. §. 14.

Debitor jurans se intra annum soluturum, non tenetur de perjurio, bonis fisco addictis. p. 874.

Deditio.

Deditio ad beneplacitum. p. 791. sq.

Dedititii.

Dedititiorum conditio apud Romanos. p. 792.

Defensio.

Defensionis Etymologia & Homonymia p. 562. sq. Synonymia p. 563. defensionis necessariæ definitio. p. 563. §. 5. est Juris divini naturalis, & gentium p. 565. sq. quibus concordat Jus Civile. p. 566. Defensio bannitorum quos occidere permissum, injusta est. p. 566. sq. an adversus mediatorem licita. p. 567. §. 16. legem eam permittunt adversus patrem, qui fines paternæ castigationis transgreditur. p. 566. itidem contra Magistratum, in terminis habilibus. p. 568. sq. suscipitur licite pro avertendo interitu necessariorum. p. 569. & extraneorum, p. ead,

Digitized by Google

p. ead. sq. num ob res & honorem? p. 570. sq.

In omni defensione observandum moderamen inculpatæ tutelæ. p. 571. sq. Excessus in defendendo quot modis contingat? p. 575. sq. non facile ordinaria homicidii pœna plectendus. p. 576. §. 35. ad defendendum quem coactum fuisse, semper probandum est. p. 577. §. 36. sqq. probatio fit testibus, præsumtionibus & conjecturis. p. 578. sqq. In dubio pro reo sententia ferenda. p. 580. si nihil pro homicidium confesso inveniatur, quo justa defensio probari possit, non inique torturæ subjicitur. p. ead. sq.

Delegatio.

Delegatio debitoris non nisi eo consentiente fit. p. 880.

Delictum.

Delicta joco commissa quomodo coërceantur? Vid. *Jocus*.

Si quis delictum de seipso joco jactaverit, an inde indicium ad torturam? p. 1249. sq.

Delinquens.

Delinquens tam sortitur forum ubi deliquit, quam ubi deprehensus. p. 254. sq. quin etiam tam ubi delictum incepit, quam ubi illud consummavit, ut præventioni sit locus. p. 19. th. 21. 22.

Delinquentium militum quis judex? p. 265. sq.

Delinquens Clericus ubi judicandus. p. 317. sq.

Delinquentium remissio & transportatio quid sit? p. 246. 247. quare recepta? p. 247. 248. remissiones necessitatis erant apud Romanos. p. 249. sqq. de Jure Canonico. p. 251. §. 3. adhuc hodie eas necessitatis esse nonnulli affirmant. p. 253. §. 6. p. 259. §. 1. delinquens vagabundus ibi puniebatur, ubi deprehensus. p. 256. §. 11. hæreticus non nisi ubi inquisitio est, nec remittitur ob aliud crimen judici seculari. p. 256. sq. si ex carcere effugit delinquens & in loco ad quem se contulit iterum deliquit, quis judex? p. 257. sq. remittendus etiamsi in loco deprehensionis confessus. p. 258. hodie remissio est urbanitatis, non necessitatis. p. 259. sqq. p. 541. §. 7. exceptis tamen nonnullis locis & casibus. p. 264. sq. solennia circa remissionem hodiernis moribus observari solita. p. 260. sqq. Delinquens si non remittatur puniendus est, aut secundum Jus commune, aut secundum statuta loci, in quo deliquit. p. 263. sq.

Delinquentis prosecutio in alienum territorium, die Nacheil,

quibus limitibus circumscribatur? p. 267. sq.
Delinquentium transportatio per territorium alienum hodie, contra mores Romanos, non nisi impetrata, venia fit. p. 269. sqq. formula ejus petendæ. p. 271. sq. nonnunquam hoc modo peragitur, ut Dominus territorii ipse delinquentem assumat, & in finibus territorii sui iterum petenti dimittat. p. 271. sq.

Denunciatio Evangelica.

quid sit? p. 182. th. 33.

Depositum.

Depositi actione quando quis teneatur? p. 1351. p. 1367.

Diffamatio.

Diffamationis judicium coram judice competente diffamati necessario exercetur, etiamsi diffamans sit Clericus. p. 308. sq. Diffamanti tamen liberum est, in causâ principali alium judicem æque competentem adire. p. 309. sq.

Judicium L. diffamari etiam exercetur in pastorem è suggestu criminis reum aliquem peragentem. p. 310.

Hoc Judicium non exercendum absque discrimine. p. 1051.

Diffamatus.

Diffamato non opponitur Exceptio guarandæ. p. 30. th. 42.

Dignitas.

Dignitatis non personæ nomine, quando gestum quid videatur? p. 823. sq.

Dilatio.

Dilatio tertia absque speciali mandato ad jurandum non petitur. p. 748. sqq.

Diœcesanum Jus.

Diœcesanum Jus Ordinarii quoad Evangelicos suspensum, non quoad Catholicos. p. 416. sq.

Dispensatio.

Dispensatio in gradibus prohibitis. p. 590. ejus formula. p. 591.

Dividuum.

Dividua causa quæ sit? p. 165. §. 14.

Divortium.

Non amplius bona gratia fieri potest. p. 1326. sq.

Documenta.

Documenta noviter reperta quid operentur? p. 201. 202. si dolo adversarii subtracta, semper proderunt. Ib. sententia ex falsis Instrumentis lata nulla est. p. 212. §. 30.

Recognitio Documentorum speciale requirit mandatum. p. 745. ut & si quis ea pro editis habere velit. Ib.

Dolus.

Doli variæ species, ejusque Exceptio adversus Contractum. p. 1300. sq.

Doli

Digitized by Google

Doli replicatio. p. 3. n. 5. contra quos detur? Ib. n. 7.
Dolus plane nullum reddit juramentum, ab eo qui deceptus est, præstitum. p. 844. sq.

Donatio.

Donatio joco non contrahitur. p. 1205. sq. inter conjuges non subsistit. p. 1278. sq. inter patrem & filium hodie procedit, contra scita Juris Romani. p. 547. sq.
Donationis 500. solidos excedentis insinuatio juramento adjecto evitari nequit. p. 860. Donatio si 500. solidos excedat omnino insinuanda, licet non res, sed obligatio donata. p. 923. sq.
Donatarius nomen integrum sibi donatum exigere potest. p. 919. Nec obstat Lex Anastasiana. p. 920. idem in parte nominis, si certæ concurrant circumstantiæ p. ead. sqq. Revocationi donationis ob ingratitudinem non renunciatur valide. p. 861. Ut nec ei quæ fit ob supervenientiam liberorum, licet jurato facta p. 869.
Donatarius donatorem pro tuenda propria vita occidens, non privatur re donata. p. 573.

Donatio mortis causa.

Donatio mortis causa nulliter facta, juramento non sustinetur. p. 860.
Donatio cum reservatione beneplaciti, non est donatio mortis causa. p. 794.

Dormiens.

Dormiens si quis aliquid agat, quatenus obligetur? p. 1291. sq.

Dos.

Dos si ad beneplacitum promissa, quid dari debeat? p. 798. sq. de augmento dotis. p. 799.
Dos retinetur si mater tutrix rationes reddere nolit. p. 1007. sq. retinetur à marito, si donatio propter nuptias, morgengaba, & impensæ in rem dotalem restitui nequeant. p. 1008. sq. pro dote consequenda datur mulieri in bonis mariti. p. 1010. dotis privilegia. p. 1011. sqq.
Dos ex feudo in defectu bonorum parentis allodialium, ab agnatis præstanda. p. 1019.

Dotalitium.

Dotalitium unde ortum? p. 555. non confundendum cum simplici usufructu in Allodialibus. Germ. Leibzucht. Ib. primitus gratis à marito in uxorem collatum. p. 556. §. 22. hodie non nisi probata illatione dotis conceditur. p. 556. §. 23. non debetur nisi à concubitu. p. 556. sq.

Duellum.

De duello. p. 574.

Duplicatio.

Duplicatio est allegatio opposita Replicationi. p. 4. n. 10. p. 46. th. 75.

E.

Ebrius. Ebrietas.

Ebriosi juramentum nullum. p. 842. Ebrietas excludit omnem consensum, si ad summum gradum pervenit. p. 1293. ejus fœditas & prohibitio. p. 1294. sqq.

Ecclesiastica bona.

Quid circa eorum administrationem Juris? p. 395. sq. an alienari possint? p. 396. sq. quæ proprie talia sint? p. 476. sq.

Ecclesiasticæ causæ.

Ecclesiasticæ causæ quæ? p. 465. sqq. §. 18. p. 476. sqq. *vid.* voc. *Jurisdictio Ecclesiastica.* per indirectum nonnunquam ad Judicem secularem devolvuntur. p. 485. sq. ne quidem per remedium nullitatis. p. 488. sq.

Ecclesiasticæ personæ.

Quæ dicantur? p. 477. §. 33.

Ecclesiasticus Senatus.

Ecclesiasticus Senatus expedit ea, quæ ad Principis reservata speciatim pertinent, adeoque differt à Consistorio. p. 394.

Emigrandi beneficium.

Emigrandi beneficium diversæ religionis subditis in Germania concessum, unde originem sumserit? p. 406. 407. est voluntatis non necessitatis. p. 407. p. 472. §. 25. potius necessitatis. p. 769. seq.

Emphyteusis.

Emphyteuseos origo & Exceptiones huic contractui accedentes. p. 1359. seq.

Emphyteuseos Instrumentum cum reservatione beneplaciti, quam in partem capiendum? p. 795.

Emphyteusis non amittitur, nisi per triennium à solvendo Canone cessatum, etiamsi juramentum ei additum. p. 870. seq.

Emtio Venditio.

Emtio Venditio inter patrem & filiumfamil. ne hodiernis quidem moribus recte celebratur. p. 548. seqq.

Emtionis venditionis tabulas regulariter contra emtorem interpretamur. p. 658. seq.

Si res uni vendita, alteri tradita, non impeditur translatio Dominii per additum primo contractui juramentum p. 868.

Quibus modis inefficax sit? p. 1356. seq.

Episcopalis audientia.

Sub Constantino M. cepit. p. 294. §. 9. seq. ejus primordia & progressus. p. 452.

Episcopi.

Episcopi secularibus negotiis admoti, p. 452. seq. Jurisdictione & in-

Digitized by Google

& integris territoriis donati. p. 454. seq.

Ernestus de Eusebiis.

Vero nomine vocabatur Johannes Mühlmannus. p. 461. §. 13.

Error.

Errore elicitum juramentum non valet. p. 843.

Error qualis negotium vitiet? p. 1104. p. 1298. seq.

Error in persona, si de pœna criminali quæstio sit, nonnunquam nil ad rem facit, nonnunquam mitigat. p. 1121. seq.

Error calculi.

Erroris calculi definitio. p. 1106. seq. semper potest retractari. p. 1108. quot modis committatur? p. 1113. 1114. sententia eo laborans, remedio nullitatis, impugnatur. Ib. allegante probandus. p. 1118. quo pacto probatio fieri debeat? p. 1119. necesse ut qui hunc errorem allegat, certet de damno vitando. p. 1119. Error calculi allegari potest, etiamsi rationes plus simplici vice dispunctæ. p. 1122. seqq. in secunda itidem instantia. p. 1123. seq. etiamsi quietatio, transactio, aut res judicata sit subsecuta. p. 1124. usque ad XXX. annos p. 1125. licet quis judicialiter confessus. Ib. non vitiat totum negotium, sed tantum error retractatur. p. 1125. seq. parit exceptionem. p. 1126. datur ejus causa condictio indebiti, querela nullitatis, & reductio ad arbitrium boni viri. p. 1126. seqq. hujus Exceptionis contraria. p. 1131. seqq. ei affinia. p. 1133. seq.

Evocatio.

Juris de non evocando scriptores. p. 1374. seq. Evocationum variæ species. p. 1376. Evocationes judiciariæ. p. 1377. Evocationum Status apud Romanos. p. 1378. seqq. Evocationum Status in Germania antiqua & media. p. 1384. creberrimarum Evocationum in ea causa. p. 1404. seq. Evocationes pactis aut Legibus provincialibus prohibitæ. p. 1410. sqq. Lege publica penitus ad orcum in Germania damnatæ. p. 1413. seqq. Exempla ubi Jus & observantia de non evocando latissime protensa. p. 1447. seqq.

De non evocando privilegium.

Privilegiorum de non evocando usus antiquus. p. 1396. eorum multitudo. p. 1407. qui his privilegiis muniti? qui alios evocare prohibiti? p. 1408. hæc etiam mediatis data. p. 1409. hujusmodi privilegia adhuc hodie magni usus sunt. p. 1425. seqq.

seqq. generalissimorum privilegiorum de non evocando vis hodierna. p. 1428. seqq. Abusus eorum. p. 1438. seqq. Interpretatio, p. 1441. seqq. cessatio variis ex causis contingens. p. 1441. seqq. casus in quibus nec privilegium, nec observantia, nec Leges publicæ evocationes præscindunt. p. 1460 seqq.

Exceptio.

Exceptionum origo. p. 15. th. 12. & p. seq. Exceptiones quomodo inveniendæ? p. 52. seq. Exceptionis Etymologia, Homonymia, Synonymia. p. 10. seq. p. 131. seqq. Exceptionum finis, effectus. p. 45. 46. earum definitio. p. 14.

Exceptionum divisio. p. 13. 16. 17. sunt vel *facti* vel *Juris*. p. 50. seq. vid. voc. *Allegatio. intentionis & facti* quæ sint, & quam differant? p. 134. seq. sunt veræ Exceptiones. p. 101. th. 16. n. 13. hæ ultimæ alias dicuntur Exceptiones *litis ingressum impedientes*. p. 59. 60. 61. p. 80. p. 84. p. 104. seq. th. 22. huc refer omnes Exceptiones, de quibus in continenti constat. p. 135 §. 15. dicuntur etiam privilegiatæ. Ib. §. 14. p. 146. §. 40. seqq. In executione quoque adhuc possunt opponi. p. 195. §. 14.

Exceptiones *reales* & *personales*. p. 6. & 7.

Exceptiones *Executionem impedientes*. p. 63. th. 30. quæ tales sint? p. 191. seqq. p. 1126. dicuntur *notoriæ* & *in continenti liquidabiles*. p. 199. sq. th. 17. illiquidæ non facile audiendæ, contra actiones liquidas. p. 75. p. 947. admittuntur tamen nonnunquam in ipso processu Executivo. p. 947. seq. vid. voc. *Executio*.

Exceptiones *modificativæ* quæ dicantur? p. 133. §. 8.

Exceptiones *dilatoriæ*, inter quas *declinatoriæ* fori præcipue referendæ. p. 17. p. 20. th. 24. & *peremtoriæ*, quomodo differant? p. 17. th. 18. p. 18. dilatoriarum definitio p. 133. §. 9. divisio. p. 134. §. 12.

Exceptiones dilatoriæ.

Exceptio incompetentiæ. p. 20. 21. th. 25. p. 55. th. 16. 17. opponitur Executioni. p. 981. seq.

Exceptio præventionis. p. 21. th. 26. p. 22. & 23. per tot.

Exceptio suspecti judicis. p. 24. th. 30.

Exceptio Laudationis. p. 25. th. 34. & p. seq.

Exceptio termini nimis angusti. p. 26. th. 35.

Exceptio loci non tuti. p. 26. th. 36. & p. seq.

Ex-

Digitized by Google

Exceptio feriarum. p. 27. th. 37.
Exceptio justi impedimenti. Ib.
Exceptio legitimationis. p. 28. th. 39.
Exceptio non petitæ veniæ. Ib.
Exceptio contumaciæ s. nondum refusarum Expensarum. Ib.
Exceptiones Procuratoriæ. p. 29. th. 41. defectus mandati nullitatem inducit. p. 210 211. vid. voc. *Procurator*. & voc. *Mandatum*.
Exceptio inhabilitatis. p. 209. §. 26.
Exceptio Guarandæ. p. 29. th. 42. p. seq.
Exceptio satisdationis. p. 30. th. 43. ejus requisita si legitime fieri debeat? p. 171. §. 121. seq.
Exceptio præjudicialis. p. 30. th. 44. p. seq. p. 660. §. 9.
Exceptio litis pendentis. p. 31. th. 45.
Exceptio sequestri. Ib.
Exceptio continentiæ causarum. Ib. vid. *connexitas causæ*.
Exceptio libelli obscuri, generalis & inepti. p. 31. th. 46. p. seq. obstat etiam Executioni. p. 140. §. 29. ineptus libellus ab actis rejiciendus. p. 1053. seq. etiamsi pars nil opponat. p. 1055. seq. Libellus ineptus quis dicatur? p. 1056. seq. potius tamen libellus sustinendus quam rejiciendus. p. 1057. seqq. num libellum ex inepto aptum reddat clausula *super his omnibus & singulis?* p. 1059. seqq.
Exceptio prohibitæ cumulationis. p. 32. th. 46.
Exceptio plus petitionis. p. 32. th. 47.
Exceptio præscriptionis moratoriæ. Ib.
Exceptio competentiæ. p. 33. th. 48. vid. voc. *competentia*.
Exceptio spolii. p. 33. th. 49. recens nata omni tempore audienda est. p. 176. §. 27.
Exceptio divisionis. p. 43. th. 67. datur nonnunquam ipso Jure, nonnunquam non nisi opponatur. p. 91. th. 3. p. 195. th. 13.
Exceptio cedendarum actionum. p. 34. th. 50. p. 195. th. 13.
Exceptio sub & obreptionis. p. 34. th. 51.
Exceptio Legis Anastasianæ. p. 195. th. 13. vid. *Anastasiana Lex*.
Exceptio Erroris calculi. vid. voc. *Error calculi*.

Exceptiones peremtoriæ.

Exceptionum peremtoriarum definitio. p. 100. seq. th. 15. p. 133. §. 10. 11. 12. divisio. p. 134. seq. n. 13. seqq.
Exceptio Juris. p. 37. th. 56.
Exceptio Impossibilitatis. vid. *impossibile*.
Exceptio falsi. p. 37. th. 56.

Exceptio contrarietatis. p. 38. th. 56.

Exceptio nullitatis. Ib. magni usus est. p. 167. 168 §. 17. vid. *Nullitas.*

Exceptio actionis illegitimæ. Ib.

Exceptio rei judicatæ. Ib. th 57. ejus auctoritas. p. 157. vid. voc. *Sententia.*

Exceptio illegitimæ Appellationis Ib. vid. *Appellatio.*

Exceptio Jurisjurandi. p. 39. th. 58.

Exceptio SenatusConsulti Macedoniani p. 1265. seq.

Exceptio Restitutionis in integrum Minorum. vid. *Restitutio in integrum.*

Exceptio SenatusConsulti Vellejani. vide *Vellejanum SenatusConsultum.*

Exceptio præscriptionis. vid. *præscriptio.*

Exceptio transactionis. p. 40. th. 60.

Exceptio solutionis. p. 40. th. 61. p. seq. obstat cambio. p. 68. th. 9. executioni. p. 196.

Exceptio Compensationis. vid. voc. *Compensatio.*

Exceptio usurariæ pravitatis. p. 41. th. 62. vid. *usuræ.*

Exceptio simulationis. p. 41. th. 62. vide *simulatio.*

Exceptio Novationis. p. 41. th. 63. obstat Executioni. p. 196. & 197.

Exceptio pacti de non petendo. p. 42. th. 64.

Exceptio delegationis. Ib. th. 65.

Exceptio acceptilationis. Ib.

Exceptio confusionis. p. 43. th. 66.

Exceptio metus Ib. th. 68. vid. *metus.*

Exceptio Dominii sive petitorii. p 44. th. 69. à tertio opposita, Executionem in hac ipsa re sistit, p. 205. seq. vid. infra *Exceptio dolo petis quod statim es restituturus.*

Exceptio erroris. p. 44 th. 69. vid. voc. *Error.*

Exceptio non numeratæ pecuniæ Ib. th. 70. & p. seq. maxima justitiæ est remora. p. 935. non eo sensu capienda quo vulgo fit, acsi creditor omne debitum probare teneretur, sed capiendum hoc tantum de eo casu, ubi causa debendi non est expressa. p. 936. seqq. apud Romanos ad solos argentarios & calendaria privata pertinuit, p. 937. seq. cessat in Processu executivo & cambiali. p. 938. seq. an ei valide renuncietur? p. 939. seqq. quomodo hic probatio fiat? p. 945. seq. ejus renunciatio in continenti facta non valet. p. 1154. seq. æquissima est. p. 1368. seq.

Ex-

Digitized by Google

Exceptio doli opponenda venditori rem venditam evincenti, p. 73.
Exceptio dolo petis quod statim es restituturus, fallit in Judicio recuperandæ possessionis. p. 74. quibus præterea non detur? Ib. & seq. vid. supra *Exceptio Dominii.*
Exceptio non competentis actionis salvat omnes Exceptiones quæ non post litem contestatam statim oppositæ si reliquis subjuncta. p. 114. & 115. th. 9. quomodo ad hunc effectum caute proponenda? Ib. superius dicta non admittit. p. 175. th. 25. ubi asseritur, mentem Legislatoris velle, ut tanta generalitas cesset, & exceptiones nominetenus proponantur.
Exceptio veritatis actioni injuriarum opposita. p. 127.
Exceptio cessionis bonorum & dationis in solutum. p. 192. 193. 194.
Exceptio beneficii Inventarii. p. 194.
Exceptio pretii non soluti. p. 195. th. 14.
Exceptio rei non traditæ. p. 195. th. 13.
Exceptio intus habes quod petis. p. 197. th. 15.
Exceptio rei Minimæ. vid. *Minima res.*
Exceptiones contra Juramentum vid. voc. *Juramentum.*
Exceptio *beneplaciti* & *Precarii.* vid. sub his vocibus.
Exceptio Joci. vid. voc. *Jocus.*
Exceptio Abolitionis. vid. *Abolitio.*
Exceptio defensionis necessariæ. vid. *defensio.*

Exceptionum oppositio.

Earum oppositione aliquando non opus, quando nimirum ex actis satis elucescunt. p. 57. 58. & 104. alii tamen existimant eas omnino apponendas, licet notoriæ sint. p. 104. p. 122. th. 17. vide tamen hujus regulæ ampliationes & limitationes. p. 138. & 139.
Exceptionum proponendarum modus. p. 34. 35. th. 52. p. 45. th. 72. p. 61. 62. p. 136. §. 16. p. 138.
Exceptiones *dilatoriæ* quomodo & quando proponendæ? p. 35. th. 53. & p. seq. fieri id debet regulariter ante litis ingressum, quandoque tamen & post L. C. iis locus p. 169. 170. p. 1069. p. 141. seqq. p. 145. seqq. ubi multæ ampliationes & limitationes.
Exceptiones *declinatoriæ fori* quomodo & quando proponantur? p. 141. seq. iis præjudicium

Digitized by Google

cium fit, si quis simul proponat alias dilatorias. p. 144. th. 36.

Exceptiones *peremptoriæ* & aliquæ dilatoriæ olim dabantur à judice in Judiciis stricti Juris. p. 80. seq. th. 3.

Hodie omnes *peremptoriæ* simul proponendæ, imo statim litis contestationi annectendæ. p. 106. th. 23. p. 122. th. 17. p. 124. cautelæ hic observandæ. Ib.

Exceptiones *litis ingressum impedientes* quomodo opponendæ? p. 122. th. 18. si statim probari nequeunt post L. C. rejiciuntur. Ib.

Exceptiones peremptoriæ facti nunquam pereunt, etiamsi litis contestationi non statim subnectantur. p. 173. §. 23. imo judex eas ex officio supplere tenetur. p. 84. seq. non æque Exceptiones Juris. Ib.

Exceptiones liquidæ, quæ litis contestationi non subjunctæ, in termino Executionis sententiæ in prima instantia latæ adduci possunt. p. 177. §. 28. imo cautum est quandoque eas eousque reservare. p. 178. opponi tunc possunt eæ, quæ integram plane actionem tollunt, nunc demum competere incipiunt, aut antea fuere ignoratæ. p. 199. th. 16.

Quicquid per modum *actionis* proponi posset à non possidente, recte opponitur in vim *Exceptionis* à possidente. p. 68. 69. p. 76. 77.

Exceptio datur ei, qui habet contrariam actionem. p. 71. n. 30. seqq.

Non tamen quis actione in vim Exceptionis utitur, quando actio & Exceptio tendunt ad diversa. p. 74.

An Exceptionem habenti, quam per modum actionis proponere liceret, detur remedium L. si contendat? p. 77. 78.

Exceptiones hujus generis quamdiu durent? p. 78.

Exceptionum probatio.

Exceptionum propositarum probatio quomodo facienda? p. 63. th. 29.

Exceptionum lite negative contestata sub conditione si probaveris, propositarum probatio usque ad finem reservari potest. p. 106. seq. th. 24. p. 107.

Exceptionum Rejectio & amissio.

Exceptiones nonnunquam ex officio à judice rejiciendæ. p. 1067. seqq. si judex Exceptiones injuste rejiciat, appellationi locus est. p. 1069. seq. semel rejectæ non possunt denuo opponi. p. 1070.

Ex-

Exceptiones & Replicationes, quibus in casibus plane cessent? p. 120. seqq. an etiam tum, si quis litem inepte est contestatus, ideoque lis pro affirmative contestata accipitur, exceptiones amittantur? p. 124. th. 20.

Exceptiones pereunt vel tempestive eas non opponendo, vel oppositas iterum deserendo. p. 156. §. 5. Cautelæ pro præcidendis reo Exceptionibus. p. 170. §. 20.

Exceptio sub conditione si probaveris proposita, nullam operatur confessionem intentionis actoris. p. 112. th. 6. p. 117. seq. respiciendum tamen hic probe ad verba sub quibus conditio adjecta, p. 113. th. 7. an simpliciter excipiens, non addita conditione, censeatur actoris intentionem confiteri? p. 125. th. 21.

Remedia post amissas Exceptiones.

Exceptionibus amissis quomodo reo consulatur? p. 153. seqq.

Exceptiones omittentes, nonnunquam iis aut ipso jure non privantur, aut contra omissionem in integrum restituuntur. p. 114. th. 9. nonnunquam defenduntur, si eas non nominatim, virtualiter tamen opposuerunt; aliquando etiam ob ignorantiam juvantur, si scil. Exceptiones post L. C. & fatale elapsum demum iis notæ redditæ. p. 114. & 115. p. 176. §. 27.

Exceptionibus culpa propria omissis in Instantia appellationis quis non utitur. p. 177. §. 28. Exceptiones neglectæ vel amissæ, quando per modum actionis proponi possint? p. 178. seqq. §. 29. seqq. quando rescripto Principis restituantur? p. 181. & 182.

Exceptio semel opposita & discussa, à judice vero rejecta, resuscitari non potest. p. 197. §. 16.

Executio.

Quot modis petatur? p. 147. §. 44. seq. quas Exceptiones in ejus termino opponere permissum? Ib. potest hodie in causis liquidis absque prævio processu fieri. p. 148. seq.

Exceptionum contra Executionem proponendarum terminus. p. 149. §. 48. seqq. p. 175. 176. Executioni obstabunt etiam ex liquidæ Exceptiones, quæ litis Contestationi culpa partis annexæ non sunt. p. 177. th. 28. Exceptiones adversus Executionem opponendæ in civilibus. p. 191. seqq. in criminalibus. p. 216.

p. 216. in matrimonialibus. p. 226. seqq.
Executionis necessitas, & obtinendæ difficultas. p. 183 seq. Judex Executionem nimis justo differens, tenetur ad Interesse, aut alio modo punitur. p. 184. §. 1. ab ea Processus non incipiendus. p. 184. seqq. Exequens appellationem ad Superiorem susque deque habere potest. p. 186. 187. recte tamen appellatur ab excessu in exequendo. p. 190. p. 191. §. 8. 9.

F.

Fatalia.

Fatalia Processus qui non observat Jure quidem causa cadit, verum adversarius eo ipso non liberatur in conscientia. p. 155. Fatalia non currunt, quamdiu aliquid antea agendum restat. p. 170. seqq. Fatalia lapsa Princeps restituere potest. p. 180. §. 32.

Feudum.

Feudorum origo. 1359.
Feudale forum. vid. *forum*. Quæstio de deterioratione feudi ad Pares curiæ non pertinet. p. 1454.
Feudum cum reservatione beneplaciti datum, non potest resistente aliquo qui possidet, à Domino pro lubitu occupari. p. 795. seq. propria auctoritate à Domino nequit auferri Vasallo. Ib. an committatur ob locationem in longum tempus? p. 85. §. 4.
Pecunia ex feudo redacta non fit feudalis, nisi Domini accesserit consensus. p. 866. seq.
Vasalli juramentum semper intelligitur rebus sic stantibus. p. 874.
Si debitum feudale alteri denuo cedatur, in Saxonia consensus necessarius. p. 885.
Feudum involvit onus dotationis filiarum, sed in subsidium. p. 1019.
Ob quas causas retineri possit? p. 1029.
Non potest alienari absque consensu eorum quorum interest. p. 1324. seq.

FideiCommissum.

FideiCommissum pacto inter vivos non conficitur. p. 1324. seq.

Fidejussores.

Fidejussores dicuntur nonnunquam correi debendi. p. 3. & 4. n. 8. 9.
Fidejussorum tria beneficia. p. 16. th. 14. beneficio excussionis adhuc gaudent, licet juramento adhibito fidejusserint. p. 869. alii effectus juramenti fidejussioni adjecti. p. 870.
An gaudeant Exceptionibus debitori principali competentibus? p. 6. n. 1. seqq. an etiam si omni

Legum auxilio renunciaverint? p. 6. n. 3. 4.

Fidejussores iisdem Exceptionibus gaudent quibus Principales. p. 110. exceptis mere personalibus. p. 111. th. 3.

Fidejussori qui ad solvendum pro Principali adactus est, non potest objici Exceptio Legis Anastasianæ, licet aliquid sit lucratus. p. 929. seq.

Fidejussor quando per jocum intervenisse dicatur? p. 1213. sq.

Fides.

Fides ipsa quidem præcepta est, sed nemo ad eam cogi potest. p. 407. seq. vid. *Religio.*

Fides.

Num servanda hostibus, latronibus, hæreticis, bannitis? p. 1282. seqq.

Fœmina.

Fœminarum apud Germanos perpetua tutela. p. 550. seq. §. 9.

Fœmina quando cum vel sine curatore in judiciis Saxoniæ comparere possit? p. 679. 680.

Forma. Formula.

Formæ & formulæ descriptio. p. 663. 664. hæ olim magnam partem jurisprudentiæ constituebant. Ib. seq.

Forum.

Forum sive forus in sensu Juridico definitur. p. 230. §. 2.

Forum ex quadruplici ratione fundatur, ex domicilio, contractu, delicto, & re sita. p. 18. seqq.

Foro competenti non potest renunciari. p. 1152. seqq.

Forum Contractus.

Forum contractus sequi reus Romanis moribus tenebatur, sive ibi deprehensus, sive non. p. 231. §. 6. p. 1380. nostris moribus, non, nisi ibi inventus sit, p. 231. §. 6.

Forum hoc tenet etiam Clericos. p. 313. §. 15.

Forum delicti.

Vid. voc. *delinquens.*

Forum feudale.

Forum feudale clericus necessario sequi tenetur. p. 314. 315. §. 17. etiam persona miserabilis. p. 347. §. 22. Vasallus ei renunciare nequit. p. 1153. In privilegiis de non evocando tacite exceptum. p. 1463. seqq.

Forum miserabilium.

Vid. voc. *miserabiles personæ.*

Forum rei sitæ.

Forum rei sitæ declinare non potest Clericus. p. 314. §. 16.

Fructus.

In herbis vendi nequeunt. p. 1332. seq.

Furiosus. Furor.

Furiosi juramentum nullum. p. 842.

Digitized by Google

Furor verus facit cessare executionem criminalis sententiæ, p. 225. §. 41.

Furtum.

Furtum quis committat? p. 1230. seq.

Minimum Furtum non statim criminali Processu vindicatur. p. 639. §. 11.

G.

Gambsius.

SEbastianus Gambsius de Evocationibus scripsit. p. 1374. judicium de hoc scripto. Ib.

Gerada.

Geradæ donatio jurata non valet. p. 859. seq.

Gerichts-Herr.

Vox hæc quid denotet? p. 1457. seq.

Germani.

Germani olim magis consuetudinibus quam Legibus scriptis regebantur, non tamen plane Legibus scriptis caruerunt. p. 537.

H.

Hæres. Hereditas.

HÆres ipso Jure apud Germanos acquirit bonorum à defuncto sibi relictorum possessionem p. 547.

Forum defuncti sortitur. p. 912.

Hæredes in nominibus cessant nil sibi præstant invicem nisi veritatem, etiamsi evictio promissa, nisi de bonitate nominis præstanda speciatim convenerit. p. 903. seq.

De effectibus Legis Anastasianæ circa debita hereditaria, imo integram hereditatem venditam, vid. *Anastasiana Lex.*

Hæresis.

Hæresis quid? p. 401. 402. 403 §. 17.

Hæreses cavere principi incumbit. p. 400 §. 16.

An crimen sit morte aut alia pœna plectendum? p. 405. seq.

Hæreticus.

Quis Hæreticus? p. 475. §. 29.

Hæretici recipi possunt si quiete vivant. p. 475. ipsi si turbas dent, cum receptatoribus à Camera Imp. coercentur. p. 474.

Hæreticus etiamsi crimina secularia admiserit, tamen non judicandus, nisi à judice Ecclesiastico. p. 257. §. 12.

Hæreticus an cogi possit ad media? p. 405.

Hertius.

Johannes Nicolaus Hertius notatur. p. 540. seq.

Hobbesius.

Thomas Hobbesius notatur. p. p. 782. seq.

Homicidium.

Vid. voc. *Defensio & Moderamen inculpatæ tutelæ.*

Hugo.

Hugo.

Ludolphi Hugonis laus. p. 1083.

Hypotheca.

Hypothecarii creditoris jura eximia in acquisitione plurium nominum ejusdem debitoris. p. 910. seq.

I.

Immobilia.

Immobilia quomodo apud Germanos transferantur? p. 545. sq.

Immunitas.

Immunitas ab oneribus alicui quæsita, non ita de facili auferri potest. p. 785.

Imperator.

Imperator olim in Germania media evocare poterat. p. 1391. seqq. hodie vero ejus evocationes valde limitatæ apparent. p. 1419. seq.

Imperator Confirmatione Pontificia non indiget. p. 383. seqq. imo coronatio Pontificia plane exolevit. p. ead. Pontifici subjectus creditus. p. 457. §. 9.

Imperator num in sacris Protestantes concernentibus, judicare possit? p. 461. sq. in matrimonialibus non cognoscit. p. 468.

Imperatori in Legibus Imperii nonnunquam beneplacitum reservatum? p. 777.

Imperium.

Imperium Germanicum quoad sacra non ut unitum sed ut divisum consideratur, in Catholicos & Evangelicos. p. 381. seq.

Impœnitens.

Impœnitens nihilominus supplicio subjiciendus. p. 224. seq.

Impossibilia.

Impossibilium nulla obligatio. p. 1316. seq.

Impubes.

Impuberis juramentum non valet. (p. 843.

Individuus.

Individua causa quæ dicatur? p. 164. §. 13. p. 165. §. 14. an Juramentum causa individua? Ib.

Infans.

Quousque homo infans censeatur? Infantum jura in contractibus. p. 1286. seqq.

Inficiatio.

Inficiationis pœna non tenet reum, qui dubitavit de veritate intentionis actoris. p. 117. & 118. th. 12. alias temere negans Exceptionibus suis privatur, aut mulctatur minimum. p. 125. 126. 127. 128. th. 22. & 23. an pro inficiante quoque habendus, qui juramentum delatum recepit, postea vero intentionem actoris confessus, ad excipiendum confugit? Ib. aut vero is, qui actori juramentum retulit, hoc vero præstito demum Exceptiones probare vult? p. 128. th. 23.

Injuria.

Quid requiratur, ut quis injuriam in alterum commisisse dici queat?

queat? p. 1231. seqq.
Injuria est, si quis abolitionem criminis consecuto, litem denuo moveat. p. 609. sq.
Injuriarum actio ob rem minimam non indulgenda p. 645.
Injuriarum causæ à limine judicii repellendæ. p. 1048. sq.
Injuriosa scripta ab actis rejicienda. p. 1077.
Injurians in judicio, ibi tenetur, ubi injurias evomuit. p. 1079. sq.

Inquisitio.

Vid. *Processus inquisitorius.*

Instrumenta.

Vid. *Documenta.*

Intentio.

Idem est quod actio. p. 97. th. 7.

Interpretatio.

Interpretationis extensivæ & restrictivæ definitio. p. 110. th. 1, 2.

Interventio.

Interventio fit vel principaliter, vel accessorie. p. 988.
Interventionis in Executione requisita & effectus. p. 201. sqq.
Interveniens adversus tres conformes sententias ad appellationem admittitur, sed cum distinctione. p. 988. sq.
Interventio quando rejici possit? p. 1071. sq.

Investitura allodialis.

Investitura judicialis Juris Germanici in allodiis, multum utilitatis habet. p. 546.

Investitura feudalis.

Investitura abusiva ex moribus Germanorum est, neque confundenda cum Expectativa nuda. p. 552. §. 14. quid tribuat? p. 553. valet etiam sine consensu possessoris Vasalli. Ib. §. 15.
Investitura simultanea. p. 554. §. 14. fuit consuetudinis universalis per totam Germaniam. Ib. §. 17. unde semper pro ea præsumendum. Ib. & p. sq. §. 18.

Jocus.

Jocus omnino licitus si rite adhibeatur. p. 1170. sqq. variæ vocis hujus acceptiones. p. 1177. definitio joci liciti. p. 1180. sq. §. 21. sqq. de materia & fine. p. 1182. sqq. Jocus obligationem non producit. p. 1183. sqq. Sponsalia joco contracta sunt invalida. p. 1189. sqq. nisi aliæ accedant circumstantiæ, quæ rem serio actam demonstrent. p. 1199. Pollicitationes joco factæ sunt nullius valoris. p. 1203. sq. Jocus donandi animum excludit. p. 1205. sq. qui per jocum fidejussit, non tenetur. p. 1213. sq. Jocus in contractibus quid operetur? p. 1214. sqq. in ultimis voluntatibus non præsumitur. p. 1217. cujus in ejusmodi actibus effectus sit. sqq. Jocus quatenus in delictis

ctis permissus, & quos illic effectus producat? p. 1230. sqq.

Iratus.

Irati juramentum nullum, nisi perseveret voluntas post iram. p. 842.

Irrlehn.

Irrlehn quid sit? p. 553.

Judæus.

Judæus si ad Christum convertatur, executio criminis differri poterit. p. 226. th. 42.

Judex.

Judex quis esse prohibeatur? p. 24. & 25. Exceptiones contra judicem Vid. *voc. Exceptio.*

Judicis potestas in sententiam propriam. Vid. *Sententia.*

Judex ex officio supplere tenetur Exceptiones intentionis & facti. p. 84. sq. Exceptiones Juris non æque. Ib. vid. *Exceptio.*

Judicibus hodiernis non permissum videtur, ut esculenta & potulenta accipiant. p. 640. §. 13.

Distinctio qua judicis officium aliud dicitur mercenarium, aliud nobile, non omnibus arridet. p. 1041.

Judicis officium consistit in amputandis litibus. p. 1042. sqq. inprimis temerariis & frivole motis. p. 1050. de ejus officio circa ineptum libellum. p. 1057. sqq.

Judex Capitaneus.

Judices capitanei qui in ævo medio fuerint? p. 1392.

Judicium Aulicum.

Vid. *Camera.* olim pro lubitu evocavit è provinciis. p. 1396. hodie vero Evocationibus regulariter non utitur. p. 1418. sqq. p. 1423. sq.

Avocationes consilii sanctioris ævo medio passum. p. 1488.

Judices nonnulli aulici medii ævi adducuntur. p. 1407.

Exceptionem trium sententiarum conformium largitur, si tertia sententia in judicio aulico lata. & quis supplicare velit. p. 973. sq.

Judicia Cæsarea Provincialia.

Fuerunt olim in Germania frequentissima & cuncta evocarunt. p. 1403. sq.

Judicium Rothwilense.

In ævo medio admodum Evocationibus grassatum. p. 1402. sq.

Judicium Westphalicum.

Judicium Westphalicum Evocationes frequentes peregit in Germania Media. p. 1399. varia Exempla harum Evocationum. p. 1400. de eo multa dicenda restant. Ib. sq.

Juramentum.

Juramentum num causa individua? p. 165. §. 14.

Juramenti auctoritas & effectus.

 p. 835.

p. 835. definitio, homonymia, synonimia. p. 837. sq.
Juramentum est accessorium, nec addit aliquid actui Principali p. 867. sq.
Juramentum non impedit translationem Dominii, si res uni jurato vendita, alteri tradita. p. 868. alia Exempla. Ib. sqq.
Juramentum semper fit sub conditione rebus sic stantibus. p. 873. sq.
Non admittit reservationes mentales. p. 1184. sq.
Ex doctrina Juris Canonici de juramentis maxima nata incommoda. p. 1159. sq.
Num deferatur à Procuratore absque speciali mandato? p. 740. p. 748.
Juramentum in foro Saxonico paucis casibus exceptis, per Procuratorem non præstatur. p. 746. sq.
Procurator juramentum præstare aut offerre volens, opus habet speciali mandato. p. 745. sqq.
Juramentum judiciale s. voluntarium si præstitum, & ex eo agatur, nullæ amplius audiuntur Exceptiones, secus in necessario. p. 119. sq. th. 14.
Juramentum debet fieri animo deliberato. p. 842. furiosi, ebriosi, irati, impuberes, errantes, non obligantur juramento. p. 842. 843. Juramentum dolo aut factum aut elicitum non valet. p. 844. sq. de Juramento vi & metu extorto. p. 845. sqq. Juramentum non fit ab iis qui fari nequeunt. p. 847. illicitum non servandum p. 849. itidem illud quod contra bonos mores præstitum. p. 850. sq. eadem ratio juramenti super re turpi. p. 851. sqq. & impossibili. p. 857. Venditio rei alienæ, Ecclesiasticæ & feudalis, si non debito modo facta, juramento non firmatur. p. 857. sq. Juramentum non prodest in contractu mulieris absque curatore de rebus suis inito. p. 859. nec in donatione Geradæ, Ib. sq. nec in donatione 500. solidos excedente, aut mortis causa facta, non adhibitis solennibus. p. 860. aut vero si mulier SCto Vellejano non certiorata renunciet. p. 861. sq. nulla etiam est jurata renunciatio futuri testamenti. p. 862. minor non certior redditus de juribus sibi competentibus, licet contractui juramentum addiderit, non tenetur. p. 864. sq. juramentum non excludit actionem ob læsionem enormissimam. p. 865. sq. Regulæ circa juramenta Contractibus accedentia. p. 866. sq. non valent in præjudicium

tertii. p. 867. non convalidat actus contra Legum dispositionem susceptos. p. 924.
Juramentum nullum fit ex defectu formæ. p. 840. sqq.
Non jurandum per Deastros. p. 841. sq. neque per creaturas, angelos aut sanctos. p. 842.
Juramentum delatum qui recepit, & postea intentionem confitetur, an adhuc ad Exceptiones possit confugere? p. 126. sq. p. 174. §. 24.
Jurare jussus, si conscientiam probationibus defendere mavult, adversario deferenti Juramentum reprobatio non conceditur. p. 121. th. 16.
Juramenti vim num habeat clausula: an Eydesstatt, bey Gräflichen ꝛc. Ehren? p. 1164. sq.

Juramentum perhorrescentia.

Vid. *Perhorrescentia.*

Jurisdictio.

Tota doctrina de Jurisdictione ex Jure Germanico descendit. p. 551. § 11.
Jurisdictionis prorogatio num procedat in clericis, sive quoad reconventionem, sive quoad prorogationem voluntariam. p. 316. 317.

Jurisdictio delegata.

Jurisdictio delegata ad beneplacitum tribuentis concessa, morte ejus exspirat. p. 805.

Jurisdictio Ecclesiastica.

Seculari est superior. p. 459.
Num Imperatori & Cameræ Imperii Jurisdictio Ecclesiastica in Protestantes detur? p. 463. sqq.
Cognitio de re Ecclesiastica, non nisi judici Ecclesiastico competit. p. 475. §. 30. p. 487. sq. tam in petitorio, p. 477. quam in possessorio, p. 480. etiamsi altera pars sit Clericus, altera Laicus p. 481. sq. aut uterque tam actor quam reus Laicus sit. p. 482. sq. de possessorio recuperandæ inter actorem Clericum & Laicum reum. p. 484. §. 44. quid si factum solum in controversiam veniat? p. ead. sq.

Jus.

Jus certum non attendens Judex, nullitatem committit. p. 211. & 212.
Juris studium quot annis absolvatur. p. 319. 320.

Jus Canonicum.

Vid. voc. *Canonicum Jus.*

Jus Germanicum.

Jus Germanis patrium nonnullius est auctoritatis p. 538. semper Romano & Canonico Juri præferendum. p. 541. sqq. atque tamdiu pro eo judicandum, donec abrogatio doceatur. p. 543. 544. in multis casibus Ro-

mano Juri adhuc hodie prævalet. p. 545.

Jus Justinianeum.

Juris Justinianei usus ex eo non probatur, quod allegetur in Recessibus Imperii aut explicètur in Academiis. p. 362. §. 12. Jus Romanum Germani in subsidium agnoverunt. p. 538. loca ubi id plane receptum. p. 543. quomodo hæc receptio intelligenda? p. 543. in Germania vim Legis habet, & ad illud provocans fundatam intentionem p. 558. seqq. ejus auctoritas. p. 559. non attenditur si Germanis sint mores contrarii. p. 979.

K.

Kauxdorffius.

BAlthasar Kauxdorffius de Evocationibus scripsit. p. 1374.

Kemmerich.

Dietericus Hermannus Kemmerich laudatur, ejusque dissertatio de Jure de non evocando percensetur. p. 1374.

L.

Læsio.

LÆsioni enormissimæ num renunciatum videatur per juramentum contractui additum? p. 865. seq.

Laici.

Laici & Clerici olim plane non distincti in Ecclesia. p. 292. seq.

Landsidelia.

Quomodo capiendum, quod Landsidelia annis singulis pro Domini beneplacito auferri possit? p. 796.

Laudemium.

Laudemium potest augeri, si debito minus exactum. p. 796. seq.

Legatum.

In Legato generis quid Juris? p. 1227. seq.

Leibzucht.

Leibzucht quid sit. p. 555.

Leuteratio.

Non quævis Leuteratio admittenda. p. 1090. n. 61. seqq.

Lex.

Legis vis murmuratione non minuitur. p. 533. §. 13.

Lex omnis recepta præsumitur. p. 243.

Legis binæ partes, altera vis directiva, altera coactiva. p. 288. seq.

Leges de sacris vid. voc. *Ordinationes Ecclesiasticæ.*

Lex si contendat.

Lex si contendat locum habet etiam in iis Exceptionibus, quæ per modum actionis proponi potuissent. p. 77. seq.

Legum intellectus.

L. Anastasiana vid. *Anastasiana Lex.*

L. 9. C. de Except. s. præscript. explicatur. p. 93. seqq.

L. ult. C. mandati privata Gothofredi

ftedi auctoritate corpori Juris adjecta. p. 901. seq.
Explicatio L. 23. C. Mandati. p. 915.

Lex unica Cod. quando Imp. inter pupillos.

Lex unica Cod. quando Imperator inter pupillos, viduas vel alias miserabiles personas cognoscat. p. 322 seqq. obtinet praxi tantumnon omnium locorum. p. 328. seq. §. 3. satis obscura est. p. 329. eo etiam pertinere existimatur, ut conventæ miserabiles personæ coram Judice suo ordinario, ad Imperatorem provocare possint. p. 330. 331. ad quas personas spectet? p. 331. 332. §. 6. p. 369 seq. an etiam ad ejusmodi personas si divites sint? p. 337. seq. an conveniat inhoneste viventibus, & culpa propria mala passis? p. 340. 341. remedium ejus non datur adversus æque privilegiatum. p. 342. an ei renunciare permissum? p. 343 seq. §. 19 an prosit consorti litis, cessionario, & heredi. p. 346. seq. cessat multis in causis. p 347. seq. datur certo modo universitatibus & piæ causæ. p. 348. seq. non est tacite abrogata per Novell. LXXXVI. p. 349 non opus est ut ea usurus præstet juramentum perhorrescentiæ. p. 350. Legis hujus æquitas cerebrina. p. 352. seqq. abrogatio in terris Brunsuico-Luneburgicis Electoralibus. p. 370. seq.

Libellus.

Libellum post Litis contestationem aut præstitam Guarandam mutare non licet, etiamsi actor sibi id reservaverit. p. 806.
Libellus articulatus hodie prohibitus, sed non semper & ubique. p. 106. seq.

Liquidum.

Quidnam *liquidum censeatur? p. 1032. seq.*
Liquidum aut liquidabile in continenti quid dicatur? p. 199. 200.
Liquido nondum constituto Executio fieri nequit. p. 201.

Litigiosa res.

Pactum de re litigiosa non valet. p. 1320. seq.

Lites.

Lites omni nisu amputandæ. p. 1041. seqq.

Litis Contestatio.

Litis contestatio quomodo in Saxonia peragenda? p. 114. th. 9. p. 125. th. 21. inepta L. C. à Judice ex officio rejicienda. p. 1070. seq. quid rejecta operetur? p. 1100.

De Ludewig.

Johannis Petri de Ludewig Dissert.

ſert. de prærogativis Wurtembergici Ducatus. p. 1375.

Luſus.

Luſu perditum ſolvere nemo tenetur. p. 1336. ſeqq.

M.

Magiſtratus.

MAgiſtratus ſubdito vim lethalem inferens extra Judicium, licite interimitur. p. 568. ſeq.

Mandatum.

Mandati contractus natura. p. 1361. ſeq.

Mandatum Procuratorium.

vid. voc. *Procurator.*

Matrimonium.

Matrimonio ineundo non poteſt renunciari. p. 1143.

Matrimonio conſummando quid poſt ſententiam Judicis opponi poſſit? p. 225. ſeqq.

Matrimonium apud Romanos non difficulter diſſolutum. p. 793. ſeq.

Matrimonium metu contractum, licet juramentum acceſſerit, ipſo tamen Jure nullum eſt. p. 868. ſeq.

Matrimoniales cauſæ.

Matrimoniales cauſæ Principum Imperii, non deciduntur ab Imperatore aut Camera Imperiali. p. 466. ſeq. ſed ſunt in iis plane independentes. p. 468. non poteſt in cauſis matrimonialibus ad Cameram appellari. p. 478. ſeq. Catholici vero ſubditi Principis Evangelici appellabunt ad Principem ſuum. p. 479. an appellari poſſit in cauſa matrimoniali ſuper puncto competentiæ. p. 486. §. 47. Judicat tamen Camera in ejusmodi cauſis, perſonas Camerales Evangelicas. p. 487.

Mediati.

Num in turbationibus Pacem Religioſam concernentibus, Mediati ſtatim in Camera conveniantur? p. 470. ſeq. §. 23.

Mediator.

Mediator qui ſe armis aliorum, ſibi invicem necem intentantium interponit, num jure lædi poſſit? p. 567. §. 16.

Mendacium.

Mendacium jocoſum licitum. p. 1186. ſeq.

Mentecapti.

Mentecaptorum quot claſſes? p. 1288.

Quæ dementia promiſſiones aliosque actus vitiet? p. 1290. ſeq.

Metus.

Vi & metu extorta juramenta num valida ſint? p. 845. ſeqq. Exceptio vis & metus contractibus obſtat. p. 1304. ſeq. ejus origo & effectus. Ib.

Mevius.

Davides Mevius confutatur. p. 967. ſeq.

Digitized by Google

Miles.

Miles licet juramento obligatus tamen avocari poteſt, p. 852.

Militum delinquentium quis Judex? p. 265. ſeq.

Minima res.

Minima res quid? p. 619. ſeqq. minima & majora dicuntur in relatione & applicatione ad uſum & utilitatem. p. 642. accidentia & incidenter emergentia quando pro minimis habeantur? p. 655. Ex numero criminum quæ inter res minimas relata? p. 623. p. 629. ſeq. modicum tempus quodnam intelligatur? p. 624. ſeq.

Minimæ rei cauſa in Jure civili actio prodita. p. 626. unde formula: *minima non curat Prætor?* p. 627. ſeqq. Minima quando à Jure curentur vel negligantur, inter Doctores non convenit. p. 631. ſeq. Exceptio rei minimæ, p. 347. §. 22. res minimæ plerumque non mutant naturam rei. p. 633. ſeqq. in negotiis extraordinariis & reſciſſoriis minima non attenduntur. p. 643. Modicum tempus regulariter non conſideratur. p. 648. ſeqq.

Minor.

Minor non poteſt contrahere. p. 1263. etiamſi de juribus ſuis non certior redditus contractui juramentum addat. p. 864. ſeq. an ejusmodi juramento excludatur à beneficio L. 2. C. de reſcind. vendit. p. 865.

Miſerabiles perſonæ.

Miſerabiles perſonæ quæ dicantur? p. 333. §. 7. ſeqq.

Miſerabilium perſonarum forum ſecundum Jus Canonicum. p. 349 §. 24. earum forum per L. unic. C. quando Imp. inter pupillos, multam æquitatem alere videtur. p. 224. ſeqq. quando fallat? p. 346. ſeqq.

Earum privilegia an proſint litis conſortibus, heredibus & ceſſionariis. p. 346. 347. §. 21. an denturpiæ cauſæ? p. 348. 349.

Mitigatio pœnæ.

Mitigationis pœnæ definitio. p. 590. §. 20.

Moderamen inculpatæ tutelæ.

Moderamen inculpatæ tutelæ in omni defenſione obſervandum p. 571. ſeq. utrum illud obſervatum prudens Judex arbitrabitur, neque enim omnes caſus deſcribi poſſunt. p. 572. hoc obſervans licet alium occiderit, omni crimine vacat. p. 573. ſeq. ſi occiſus aggreſſor fuit, ſemper obſervatum præſumitur. p. 576. §. 35. p. 578. §. 38. in eo minimus exceſſus condonandus. p. 645. §. 21.

Monachus.

Quatenus per ingressum Monasterii mori dicatur? p. 827.

Monopolia.

Reipublicæ noxia sunt. p. 1311. seq.

Moralitas.

Moralitas intrinseca impugnatur. p. 277. 278. th. 8.

Mores.

Mores Germanorum sæpe perperam allegantur. p. 539. seqq.

Mors.

Mors civilis quid operetur? p. 826. seq.

Morte naturali velle definimus. p. 817. 821. seq. non tamen mors ea solvit, quæ personalia quidem, in rem tamen scripta sunt. p. 820. seq. ut nec ea, quæ revocationem expressam requirunt. p. 825. seq.

Mulieres.

Mulieris curator. vid. voc. *Curator.*

Mulierum interventio ob dotem & illata, quatenus impediat executionem? p. 204. seq.

Murmuratio.

Murmuratio quid sit? p. 492. seq. est querela aut contradictio extrajudicialis. Ib. nonnunquam etiam incitatio ad aliquid agendum. seq.

Murmuratio hujusmodi an sit indicium sufficiens ad torturam? p. 494. si consideratur ut contradictio extrajudicialis, tum contingit in statu civili. p. 495. seq. militari. p. 496. seq. murmuratio in claustris. p. 499. seq. Clericorum adversus Pontificem. p. 500. seq. Theologorum Protestantium. p. 501. seq. opificum. p. 502. seq.

Species murmurationis einen Brummen schlagen. p. 503.

Murmuratio est vel expressa vel tacita, vel justa, vel injusta. p. 503. 504.

Murmuratio impedimento est præscriptioni onerum insolitorum. p. 521. seqq.

Mutuum.

Mutuum quando contractum dicatur. p. 1346. seqq. non repetitur, nisi sine contractus obtento. p. 1366.

Mutuum est causa dividua. p. 165. 166.

Mutuum administratorum civitatem non tenet, nisi in utilitatem ejus versum. p. 1268. seqq.

N.

Necessitas.

NEcessitas sæpe ex illicito facit licitum. p. 926.

Negotiorum gestio.

Eam comitantes exceptiones. p. 1362. seq.

Nobilitas Nobiles.

Nobilitas immediata gaudet Jure

Sacro-

Sacrorum. p. 385. seq. mediata catenus, quatenus observantia obtinuit. p. 386.

Nobiles alicubi bona oneribus supposita emere prohibiti. p. 508.

Nobiles si ex beneplacito proprio collectas semel solverunt, ut semper solvant, non tenentur. p. 787. seqq.

Non numeratæ pecuniæ Exceptio.

Vid. voc. *Exceptio.*

Adhuc opponitur, licet solutio juramento promissa. p. 873.

Notarius.

Notarii in supervacaneis sæpe onerosi sunt. p. 801.

Notarialis instrumenti quæ fides? p. 885. p. 888. n. 42.

Notarius si in Instrumento suo quem de re tota certioratum asserat, num fidem mereatur? p. 1164.

Nullitas.

Vid. voc. *Sententia.* quot modis committatur? p. 208. seq.

Nullitatis deductio impedit executionem Sententiæ. p. 206. non censetur exclusa pacto, renunciatione aut statuto, appellationis exclusivis. p. 207. ei etiam locus in iis casibus, ubi alias appellare non liceret. p. 214. th. 32.

Nullitatis querelæ limitatus hodie usus p. 213. §. 31. si querela ut actio proponatur, non datur in Camera contra sententiam Status Evangelici circa sacra latam. p. 488. seq.

In appellatorio potest querela nullitatis cum reliquis gravaminibus deduci, addito petito alternativo. p. 1128. seq.

Durat XXX. annos si nullitas sit substantialis, hoc deficiente, semper appellandum. p. 1129. seq.

Nuptialia lucra.

In Germania debentur à concubitu. p. 556. seq. etiamsi maritus statim sit mortuus. p. 648. 649.

O.

Observantia Imperii.

Ejus definitio. p. 539.

Obstagium.

Jure Romano illicitum, Recessibus Imperii prohibitum, nonnullibi tamen adhuc valet. p. 1339. seq.

Officium. Officiatus.

Officium publicum administrans, si imputati criminis abolitionem impetravit, an stationem conservet? p. 602. seqq.

Officiales majores apud Romanos non nisi certo modo adhibito munera accipere poterant. p. 1273. sqq. neque etiam in provinciis eis licebat immobilia

comparare aut uxores ducere. Ib.

Officio præfectus non pro lubitu concedentis munus removeri potest, etiamsi addita sit Clausula ad beneplacitum. p. 780. seqq.

Operæ subditorum.

Operæ subditorum die Frohndienste/ secundum observantiam antiquam exigendæ. p. 506. seq. nec nimis extendendæ. p. 507. seq. Excessus in exigendis operis quot modis contingat? p. 508. seq.

Operæ indeterminatæ quomodo dimetiendæ? p. 509. §. 4. quid de operis arbitrio Dominorum commissis? p. 510. cessio operarum non facile permittenda. p. 511. seq. præscriptione acquiruntur. p. 516. quanto tempore? p. 517. earum præscriptio murmuratione impeditur. p. 521. seqq. 531. seqq. rusticis tamen incumbit probatio precarii vel murmurationis. Ib.

An si Dominus annuatim per longissimum tempus certam pecuniæ summam loco operarum acceperit, semper eam accipere teneatur, neque ipsas operas exigere possit? p. 789. seq. an dimidium pecuniæ & dimidium operarum petere possit? Ib.

Opifices.

Opificum nonnullæ pravæ consuetudines. p. 502. seq.

Ordinationes Ecclesiasticæ.

Conduntur à summa potestate. p. 393. quomodo conficiendæ? Ib. & p. 394. earum objectum. Ib

Hermannus ab Osfelde.

Insignis Juris Saxonici Doctor, qui seculo XIV. vixit. p. 1480.

P.

Pacta.

Vide voc. *Contractus.*

Pacta nuda an actionem ipso Jure irritent? p. 82.

Pactum de quota litis invalidum, p. 1314. nec potest juramento convalidari. p. 856.

Pactum alium daturum facturumve non obligat. p. 1317. seq.

Pactum de re aliena obligatorium non est. p. 1319.

Pactum de re litigiosa invalidum. p. 1320.

Pactum promissorium de re quæ stipulantis est, nullo gaudet Effectu. p. 1321. seq. nec de ea quæ est extra commercium. p. 1322. aut in rerum natura non invenitur. p. 1323. aut vero alienari prohibetur. p. 1324. seq. itidem si alienatio repugnaret utilitati publicæ. p. 1325. seqq.

Pacta familiæ. Successoria.
Vid. *Successio.*

Parentes. Pater.
Parentum est dispicere, ubi liberi educari & ali debeant. p. 793.
Pater & filius non recte contrahunt, nisi de peculio castrensi aut quasicastrensi. p. 1277.
Pater limites moderatæ castigationis ita transgressus, ut vitæ periculum immineat, licite interimitur. p. 568.

Patria potestas.
Patria potestas in Germania hodieque nondum sublata. p. 548. seqq.

Patronus.
Patroni quæ Jura in Ecclesia ad ejus collationem spectante? p. 397.

Pauper.
Pauperes non comprehenduntur sub iis, qui privilegio L. unicæ C. quando Imp. inter pupillos, frui debent. p. 331. seqq.

Pax Publica.
De Mediatorum crimine fractæ Pacis Publicæ, Camera non cognoscit. p. 1467. seqq.

Pax Religiosa.
Pacis religiosæ turbatæ Camera vindex. p. 470. seq. etsi subditi Dominum territorii conveniant. p. 471.

Perhorrescentiæ juramentum.
In quibus casibus locum habeat? p. 350.

Personale.
Personale an reale quid sit, unde decidendum? p. 823. seqq.

Pertinentiæ.
Vid. *Accessoria.*

Pia causa.
An privilegio miserabilium personarum gaudeat? p. 348. 349.

Pignus.
Pignus retineri potest ob aliud debitum. p. 1029. contractus pignoratitii quæ forma? p. 1352.

Placitum.
Quid in medio ævo notarit? p. 767.

Pollicitatio.
Pollicitatio jocando edita non obligat. p. 1203. seqq. nisi alia signa accedant. Ib.

Pontifex.
Pontifices Romani quibus modis & quando ad præsens fastigium pervenerint? p. 295. seq. p. 453. seqq. Eorum de Jure nulla potestas in Secularibus, p. 302. attamen sibi judicium in secularibus sumunt. p. 458. seq. Conciliis sunt inferiores. p. 399. eorum immensa potestas. p. 457. Pontificis Jurisdictio in terris Protestantium suspensa, p. 460.

§. 11. an Jure id fieri potuerit? p. 461. seq.

Pontifex in Germania antiqua & media Evocationibus usus. p. 1388. seqq. ejus hodierna circa Evocationes potestas. p. 1415. seqq.

Pontifex vertente ævo medio majoris auctoramenti causa Imperatoria privilegia confirmavit. p. 1409.

Possessio. Possessor.

Possessio heredi ab intestato succedenti, ne hodiernis quidem moribus ipso Jure obtingit. p. 547. §. 6.

Possessionis defendendæ causa comparatum nomen, securum est ab Exceptione Legis Anastasianæ. p. 905. seq.

Possessoris bonæ & malæ fidei diversa Jura in beneficio Retentionis. p. 906. seq.

Possessorium.

Possessorium momentaneum sive summariissimum, non excludit Reprobationem. p. 119. th. 13. respicit tantum ultimum actum, p. 527. qualis is esse debeat? Ib. Inter res minimas refertur. p. p. 622.

Possessorium recuperandæ non admittit Exceptionem Dominii. p. 74.

Possessorium rei spiritualis potest coram judice seculari expediri. p. 312. 313. §. 13. ubi tamen probe distinguendum. p. 480. seq.

Præfectus Prætorio.

A præfecto Prætorio non licebat appellare, bene tamen supplicare. p. 954.

Præjudicium.

Præjudicium denotat Exceptionem in genere. p. 13. th. 7.

Præscriptio.

Præscriptionis verbum quandoque omnem Exceptionem ambitu suo complectitur. p. 12. th. 5. & 6.

Præscriptio nonnunquam actionem, nonnunquam Exceptionem parit. p. 87. seq.

Præscriptio non semper individua. p. 166. §. 15.

Exceptio præscriptionis p. 39. th. 59. p. 58. th. 20. Exceptionis præscriptionis species. p. 83. hæc Exceptio à judice in Saxonia supplenda. p. 85. etiamsi reus se debere fateatur. p. 86. non locum habet in actionibus ipso Jure peremtis. p. 90. th. 2. obstat executioni. p. 196.

Præscriptio operarum quanto tempore absolvatur? p. 516. seq.

Debi-

Debitorum præscriptio quomodo procedat? p. 534 seq.
Præscriptio exemtionis à præstatione homagii valet. p. 785.
Præscriptio absque bona fide nunquam procedit. p. 524. §. 4. Præscriptionis, impedimenta sunt partim naturalia partim civilia. p. 496. Præscriptio onerum insolitorum murmuratione subditorum impeditur. p. 421. seqq. latissime Præscriptio crimina abolet. p. 590.
Præscriptio non interrumpitur per oblationem scripti ab actis rejecti. p 1098. seq.

Præsumtiones.

Quæ præsumtiones in criminalibus liberent? p. 579.

Prætor.

Prætores & Præsides Provinciæ de nonnullis rebus ipsi cognoscebant, in minoribus autem aut sponte aut ex necessitate judicem dabant. p. 627. seqq.

Precaria.

Precaria contractus Juris Canonici. p. 835.

Precarium.

Precarium excludit præjudicium, possessionem & præscriptionem, & retrahenti precarium datur Interdictum. p. 813. seq. natura precarii explanatur. p. 828. seqq. quomodo differat à beneplacito? Ib.

Princeps.

Principes non omnia pro nutu & placito suo in Republica administrare possunt. p. 782. seq. obligantur ex contractu imperfecte. p. 783. seq. tenentur tamen ei satisfacere quod contraxere. p. 783. seq. Princeps Appellationem post tres conformes sententias admittere potest. p. 984. seq. regalibus suis pro lubitu eum uti posse qui docent, errorem committunt. p. 784. seq.
Princeps successor num teneatur præstare facta antecessoris? p. 1308. seqq.
Quid intellectum voluerit Princeps, clausula beneplaciti addita? p. 771. seqq.

Principes Imperii.

Principes Imperii olim erant officiales pro lubitu revocabiles. p. 780.
Recte audiunt Protectores & defensores fidei, cujuscunque demum sint religionis. p. 379. an sint capita visibilia Ecclesiæ? p. 385. Vide voc. *Sacrorum Jus.* & voc. *Matrimoniales causæ.*
Quando evocent in provinciis è prima instantia? p. 1421. seqq.

judices

judices sunt in causis propriis. p. 1436. seqq.

Privilegium. Privilegiatus.

Privilegia Imperatoria antiqua, quæ ex defectu potestatis nulla dicere audent, hodienum ex observantia valida sunt. p. 1445.

Privilegia ad beneplacitum concessa confirmatione; superioris non indigent. p. 815. confirmationum privilegiorum quis effectus? Ib. privilegia ut confirmentur, ab omnibus dantis successoribus petendum. p. 816.

Privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur jure suo. p. 341. 342. hujus regulæ usus. p. 1446. multæ ejus limitationes. Ib. & p. 341. 342.

Privilegia non pro lubitu Principis revocari possunt. p. 778. etiamsi clausula non revocandi addita, ex justa tamen causa ea revocare licet. p. 779.

Privilegiata Jurisdictio.

Privilegiatæ Jurisdictionis Historia & contra eam argumenta. p. 1453. seqq. p. 1522. seqq.

Probatio.

Termini probatorii quæ virtus? p. 102. th. 18.

Probatio quando deficere dicatur? p. 98. th. 10.

Probationes impertinentes à judice rejici possunt & debent. p. 1072. seqq. ut & illæ quæ post elapsum terminum probatorium, aut intra hunc non debito modo fiunt. p. 1074. p. 1100. necnon articuli probatoriales qui injuriam spirant. p. 1081.

Post rejectam probationem per testes aut instrumenta, non potest deveniri ad juramentum. p. 1100.

Processus.

Reassumtio Processus speciale requirit mandatum. p. 750. §. 35. Reassumtione hac qui opus habeant? p. 676. seqq. p. 751. seq.

Processuum diuturnitatis quæ causæ. p. 156. §. 4.

Processus substantialibus omissis, nullitas oritur. p. 211. th. 28.

Processus Criminalis.

Processus criminalis Romanorum. Vid. *Accusatorius Processus.*

Processus Inquisitorius in locum accusatorii successit. p. 255. sq. non tantum à Judice fori delicti commissi, sed & à judice fori domicilii institui potest. Ib. ex moribus Germanorum descendit. p. 552. §. 12.

Processus Summarius.

Processus Summarius requirit tamen substantialia. p. 185.

Procurator.

Procuratoris definitio. p. 665. sq.

potest

potest constitui ad omnes lites, etiam futuras, imo aliquando hoc ut fiat necessarium est. p. 709. sqq. de procuratoribus extrajudicialibus & eorum potestate. p. 711. sq. p. 755. sq. sunt vel generales omnium bonorum, vel speciales. p. 711. nostris moribus plures unâ dantur. p. 693. sq. quando constituti censeantur in solidum p. 695. Procuratores duo si in solidum constituti, & alter eorum solus causam occupavit, alter postea in ea non poterit procedere. p. 168. 169. p. 710. Procurator in rem suam quis? p. 673. Procurator non admittitur si quis citatus, ut compareat in persona. p. 675. §. 5. nisi pars adversa ei non contradicat. Ib. Fœminæ in Saxonia non gaudent procuratoribus sed curatoribus. p. 679. sqq. falsi Procuratoris gesta quando ratihaberi possint? p. 667. sq.

Procurator adhuc hodie fit Dominus litis. p. 675. sq. hujus Dominii Effectus. p. ead. ex justa causa mutare potest quæ mandans jussit. p. 7 6.

Procuratore mortuo, substituti potestas non desinit. p. 683. p. 686. sq. p. 752. sq. ante litem contestatam non potest substitui à Procuratore actoris, bene tamen à rei procuratore. p. 684. sq. post L. C. Lex substitutionem permittit. p. 685. hodie non aliter substituitur, nisi & hæc potestas Procuratori in mandato data. Ib. sq. quæ substituti potestas? p. 686. substitutus non aliter denuo substituit, nisi & hoc concessum. p. 687. Procurator extrajudicialis substituere quit. p. 687. nisi industria electa, aut ad omnia negotia datus. p. 688.

Procurator si insufficiente Mandato instructus, admittitur sub cautione de rato. p. 727. sq. p. 1065. multis vero in casibus nihilominus rejicitur, licet de rato cautionem offerat. p. 1065. sq. recensus procuratorum qui sub cautione de rato admittantur? p. 728. sq. non admittitur ad cavendum de rato qui plane mandatum non habet. p. 744. §. 26. p. 1064. sq.

Procuratorium Mandatum.

Procuratorii Mandati Examen est de apicibus Juris. p. 661. sq. ejusmodi mandatum ut producatur omnino necessarium, alias nullitas oritur. p. 667. sq. Mandata non uno verbo hodie fiunt, sed in extenso. p. 669. plane non sufficit charta blanca; p. 721. p. 1066. sq. quomodo judicialia legitime fiant? p. 722.

p. 722. sq. de mandato procuratorio in rem suam. Ib. sqq. requiritur ut insertum mandato quis dederit? p. 674. exprimi in Mandatis debet species causæ. p. 703. in multis locis necessaria sunt mandata ad totam causam. Ib. seq. non necessarium est, ut omnes actus judiciales in iis exprimantur. p. 704. sq.

Mandatum exspirat mortuo Principali. p. 676. unde hoc facto sequitur citatio ad reassumendum. Ib. ut vero hoc evitetur, dantur mandata etiam pro heredibus. p. 677. sq. sunt strictæ interpretationis. p. 700. 715. sq.

Qui actus à Procuratore absque speciali mandato expediantur? p. 704. sqq. p. 713. p. 735. sqq. regulæ generales his in casibus p. 738. casus extrajudiciales. Ib. sqq. casus judiciales. p. 740 sqq. de appellatione. p. 706. sqq. de inhibitione. p. 707. sq. an in iis quæ absque speciali mandato quis gerere nequit, sufficiat, si mandato illa nominatim aut generatim inserta? p. 735. sq.

Mandatum generale habens, tenetur cuilibet causæ specialem ejus copiam opponere. p. 709.

Mandatum est vel verum vel præsumtum. p. 720.

Clausulæ mandatis inseri solitæ. p. 730 clausula rati hodie necessaria & utilis. p. 726. sq. de clausula indemnitatis. p. 733. sq. Clausula renunciationis quoad beneficium divisionis & excussionis. p. 734. sq. Clausula cum libera, quid importet? p. 736. sq. Mandatum cum libera quando datum censeatur? p. 754. sq. differt à mandato tam generali quam speciali. p. 755. sqq. Administratores à Lege constituti, gaudent mandato cum libera. p. 759. sq. quousque se mandatum cum libera extendat? p. 756. sqq. quomodo revocetur. p. 761. sqq.

Prodigi.

An sint personæ miserabiles? p. 339. sq. §. 14.

Prodigi, qui jam talis declaratus, jurata promissio nulla est. p. 842. sq.

Prodigus nullum contractum rite celebrat. p. 1264. sq.

Promotoriales.

Non possunt decerni à summis Imperii Judiciis adversus Principes Protestantes, in causis Ecclesiasticis. p. 488.

Pubertas.

Pubertati proximus quis dicatur? p. 1287. sq.

Pudicitia.

Num morte vindicari possit? p. 571.

Pufen-

Digitized by Google

Pufendorffius.
Samuel Pufendorffius refutatur. p. 784.
Pupillus.
Pupilli sunt miserabiles personæ. p. 332. quinam sub iis in L. unic. C. quando Imp. inter pupillos, comprehendantur? p. 335. §. 9. an etiam minores? p. sq. §. 10. non possunt contrahere. p. 1262.
Q.
Quadruplicatio.
QUadruplicationis definitio. p. 5. n. 12.
R.
Ratihabitio.
RAtihabitio difficulter tacite fit. p. 738. §. 19.
Cautio de rato.
Vid. *Procurator.*
Rationum redditio.
Rationes reddere quid sit? p. 232. §. 8. rationes edere quid? p. 241.
Rationes præcise ibi reddendæ, ubi administratio facta. p. 233. sq. rationum redditio debet fieri in propatulo. p. 239. §. 10. quibus incumbat? & reddendarum necessitas. p. 1111. sqq. quomodo rite reddantur? p. 1117. rationes semper rite dispunctæ præsumuntur. p. 1118.
Reassumtio Processus.
Reassumtione Processuum qui opus habeant? p. 676. sqq. p. 751. sq.
Vid. voc. *Processus.*
Recessus Imperii.
Recessuum Imperii corpus admodum corruptum. p. 1413.
Reconventio.
Reconventio quid sit? p. 1440. Reconventionem & separatum judicium instituere in Saxonia longe differt, cum prius sit longe commodius. p. 181. §. 31. non eluditur privilegio de non evocando. Ib. sq. Reconventio admittit deductionem Exceptionum non in continenti liquidarum. p. 943. sqq. p. 947. sqq.
Reconventio & conventio si connexæ, processu simultaneo tractari nequeunt in Saxonia, bene tamen alibi. p. 180. §. 30. aliquando reconvenire in Saxonia permissum, nondum finita conventione. p. 941. sq.
Regalia.
Non possunt pro lubitu Principis extendi. p. 785. sq.
Rejectio ab actis.
Contingit inter alia ob illegibilitatem & ineptam coacervationem allegatorum. p. 1075. in- interdum si scripta injurias vomant. p. 1077. sqq. quo in casu acta judicialia plane cassari pos-

possint? p. 1093. sqq. Rejectionis effectus. p. 1097. sqq.

Religio.

Religio Principis quidem directioni subjecta, sed non in rebus ipsam fidem concernentibus. p. 287. sq. p. 407.

De libertate conscientiarum. p. 408. sq. quando libertas religionis turbari dicatur? p. 471. sq.

Religiones tres in Germania receptæ, Catholica, Lutherana & Reformata, extra has vero nulla alia. p. 403. sq. Religionem ipsam concernentes controversiæ non nisi amicabili compositione in Germania dirimuntur. p. 473. sq.

Remissio facinorosorum.

Vid. voc. *Delinquens.*

Renunaiatio Medicorum.

Quid sit? p. 1136.

Renunciatio.

Renunciatio est vel generalis, vel specialis, vel specialissima; de quarum omnium vi & effectu. vid. p. 1162. sq.

Renunciatio utrum locum habeat in remedio L. unic. C. quando Imp. inter pupillos. p. 343. sqq.

Renunciationis juratæ effectus. p. 1159. sqq. num juramenti vices hic obtineant verba: bey Fürstlichen Gräflichen, ꝛc. Ehren? p. 1164. sq.

Renunciationes sunt stricti Juris. p. 6. n. 4. sqq. ad incogitata non extenduntur. p. 862.

Renunciatio num valida sit absque expressa certioratione. p. 1162. sq. qui debeant certiorari? p. ead. seq. an certiorationis defectus suppleatur per Juramentum? p. 1163. sq. an Notario certiorationem fuisse factam in Instrumento suo asserenti, fides adhibeatur? p. 1164.

Renunciatio non fieri potest à Procuratore, absque speciali mandato. p. 741.

Personæ renunciare non valentes quæ sint? p. 1136.

Renunciationes singulorum in iis quæ toti ordini concessa, quomodo procedant? p. 317. §. 20.

Renunciatio filiæ non obest ei post obitum eorum, in quorum favorem renunciatum. p. 874.

Renunciare iis quæ Juris Naturæ sunt, nemo potest, ut vitæ. p. 1137. sqq. defensioni in criminalibus. p. 1140. sq. Oneri alendi liberos. p. 1141. sq. alimentis parentibus præstandis. p. 1142. legitimæ. Ib. matrimonio. p. 1143. Libertati. Ib. sq.

Renunciationes quæ contra honestatem & bonos mores tendunt, non valent. p. 1144. sqq.

Nullius momenti sunt renunciationes, quibus suppeditatur occa-

occasio delinquendi. p. 1147. vel quæ contra Jus divinum positivum tendunt. p. 1148 aut Juri vel utilitati publicis officiunt. p. 1150. sq. neque etiam renunciatur Juri superioris aut alterius favorem simul concernenti. p. 1151. sic quoque renunciatio non procedit, si post renunciationem idem defectus maneat, qui ante eam fuit. p. 1154. sq. multominus si quis renunciare instituat formæ à Jure actui præscriptæ. p. 1155. sq.

Aliquando ob singularem favorem ejus qui renunciat, & odium alterius cui renunciatur, renunciationes sunt invalidæ. p. 1156.

Nonnunquam voluntas Legislatoris invalidas facit renunciationes. p. 1157. sq.

Replicatio.

Replicationis definitio. p. 2. Replicationum Exempla. p. 2. & 3.

Reprobatio.

Reprobationem suscepturus attestatorum Publicationem admittere non debet, ni repulsam ferre velit. p. 106. sq. n. 24. p. 115. th. 10. nisi tam ipse quam Advocatus juramento se purgent, ab ipsis attestata partis adversæ non esse didicita. Ib. th. 10. & p. seq.

Reprobationi locus in possessorio momentaneo, & certo modo in Processu Executivo. p. 119. th. 13.

Reprobatio non admittitur contra probationem pro exoneranda conscientia. p. 121. th. 16.

Reprobatio Reprobationis in Saxonia contra Jus commune negata, nisi novæ Exceptiones in Reprobatione propositæ. p. 121. & 122. th. 16. p. 173. sq. th. 23.

Requisitoriales.

Requisitorialium quibus remissio delinquentis flagitatur formula. p. 261. §. 5.

Rescissio.

Rescindi quid in Jure dicatur? p. 1252. sq.

Rescriptum Principis.

Rescriptum Principis Executionem non impedit. p. 189. §. 7.

Responsum.

Responsa JurisConsultorum Judex non præcise sequi tenetur. p. 1076. n. 93.

Respublica.

Respublica mixta datur. p. 276. sq. §. 6.

Restitutio in integrum.

Restitutionis in integrum voce varie utuntur. p. 983. seq.

Datur minoribus, quorum intuitu si consideretur, Exceptio realis est, non personalis. p. 7. n. 6 seqq. quandoque tamen etiam personalis. p. 8. n. 10.

Quibus in casibus aliis præter minores restitutione in integrum succurratur? p. 158. 159. datur ob privilegium consortis litis, etiam non privilegiato, p. 164. 165. §. 13.

Contra dolum, culpam vel negligentiam Advocatorum quando detur? p. 163. seq.

Restitutio in integrum impetratur adversus tres conformes sententias. p. 983. seq.

Restitutio in integrum si principaliter petatur, à Procuratore absque speciali mandato non proponitur, bene tamen si incidenter tantum. p. 743. seq. à minoribus non per eum qui factum commisit, contra quod restituendi peti potest, sed per alium. p. 158. §. 7.

Intra quod tempus petenda? p. 160. §. 10. p. 161. seq.

Restitutio petita differt Executionem, exceptis nonnullis casibus. p. 214. seqq. an etiam tum, si petatur adversus tres conformes sententias? p. 984.

Restitutione impetrata quid recipiat restitutus? p 160. §. 10.

Restitutio adversus pœnam inflictam. p. 590. specialis efficit, ut restituto omnia Jura expressa reddantur. p. 603. seqq.

Remedium hoc plus quam vice simplici in eodem articulo Processus læso non prodest. p. 162. §. 11. nisi impedimentum adhuc duret. Ib.

Restitutio semel per sententiam denegata, peti amplius nequit. p. 164. §. 12.

Restitutioni non opus est, si ex falsis Documentis judicatum. p. 213. th. 30.

Retentionis Jus.

Juris retentionis origo. p 991. sq. vocis retentio varius significatus. p. 992. definitio. p. 993. th. 3. divisio. p. 994. subdivisio retentionis generalis. p. 995. seq. Retentio conventionalis differt à pignore. Ib. Retentio Juris Saxonici. p. 996. ejus fundamentum & æquitas. Ib. seqq. in quibus causis obtineat? p. 999 seqq. quibus illud exercere permissum? p. 1005. hoc Jure munitus fiscus contra morosos in collectis. p. 1006 pupillus vel minor in bonis tutoris. p. 1007. seq. maritus in dote. p. 1008. seq. datur uxori pro dote in bonis mariti. p. 1010. seqq. plures quibus datur ex Jure taciti pignoris. p. 1018. seqq. de his qui propter impensas aut laborem in rem ipsam facta, Jure retentionis utuntur. p. 1021. seqq. obtinet

in

in re propter quam merces vel salarium debetur. p. 1024. seq. Exercetur contra omnes debitores. p. 1026. etiam Principem territorii tenet: Ib quin & ipsæ personæ possunt retineri. p. 1027. exercetur in omni re, quæcunque demum illa sit. p. 1027. seqq. propria auctoritate. p. 1030. Qualitates bonorum ad id requisitæ, ut retineri possint. p. 1031. seq. finis retentionis. p. 1033. seq. effectus. p. 1034. seq. quomodo finiatur? p. 1036. ejus affinia. p. 1037.

Reversales.

Reversales quando delinquens remittitur tradi solitæ, earumque formula. p. 261. seqq. p. 1006. seq.

S.

Sacrorum Jus.

SAcrorum Jus definitur, & ejus Synonymia percensetur. p. 374. 375. ejus causa efficiens. p. 375. seq. exercitium apud Judæos & Christianos. p. 375 seq. à summo Imperio separatum esse nequit. p. 275. seqq. vid. voc. *Clericus.* à Pontifice Principibus secularibus ablatum. p. 382. seqq. Protestantibus nunc redditum est. p. 304. seq. pars superioritatis territorialis cluet. p. 376. seq. p. 380. seqq. Sacrorum Jure quatenus gaudeant Nobiles immediati, mediati, & civitates municipales? p. 386.

Sacrorum jus quousque & in quæ capita religionem tangentia se extendat? p. 387. seq. ejus justi limites speciatim. p. 388. seqq. summatim. p. 412. seqq.

Sacrorum Jus num exercere possit Princeps catholicus in religioni Protestanti addictos subditos. p. 417. seqq. rationes pro negativa. p. 427. seqq p. 437. seqq. Exempla ubi Evangelici separatam Jurisdictionem in sacris nacti, Domino Catholico existente. p. 436. seqq. Nova catholicorum principia, Jurisdictionem circa sacra, in diversæ religionis subditos inducere satagentia. p. 441. seqq. iis respondetur. p. 443 seqq.

Finis Jurisdictionis Ecclesiasticæ expenditur. p. 447.

Quo pacto Pontificis Jurisdictio in terris Protestantium suspensa, & ad Dominos territoriales Jus circa sacra delatum fuerit? p. 459. seqq. ratione Juris Sacrorum Principes Protestantes non subjacent Imperatori. p. 462. 463. aut Cameræ Imperii. p. 464. seq. sed possunt

omnia

Digitized by Google

omnia independenter, quæ olim potuit Pontifex. p. 465. seq. §. 18. p. 488. §. 49. etiam circa subditos Catholicos. p. 479. §. 36. in iis tamen quæ bona vel Juria in alieno, litigioso vel communi territorio concernunt Camera judicat. p. 468. seq. ut & de turbationibus ob religionem. p. 470.

Princeps diversæ à subditorum sacris religioni addictus, num possit mutare adiaphora? p. 472. seq.

Salarium.

Salario ad beneplacitum Domini promisso, quid debeatur? p. 799. seq.

Saxoniæ Elector.

Diu à Pontificiis ad amplexanda eorum sacra solicitatus. p. 434. §. 34. intuitu Electoratus pro Catholico non vult haberi. Ib. §. 35.

Schvvartzburgicus Comes.

Fictitius conservator privilegii de non evocando extra Germaniam. p. 1394. seq.

Scripta.

Scriptorum numerus quo usque in processu ascendere possit? p. 47. th. 75.

Sententia.

Sententia lata super actione ipso Jure extincta non transit in rem judicatam, transit tamen, si lata super actione stricto tantum Jure competente, si non opposita sit Exceptio. p. 82. sqq. th. 4. 5.

Sententia quomodo differat à re judicata? p. 187. & 188. §. 6.

Sententia definitiva à Judice qui eam tulit non potest rescindi aut mutari, bene tamen declarari p. 188. aliud esse volunt in interlocutoria. p. 189.

Sententia nondum clara, eatenus non transit in rem judicatam. p. 201. th. 18.

Sententiæ tres conformes non excludunt Remedium Nullitatis. p. 206. th. 23. p. 980. seqq.

Quæ conformes dicantur? p. 952. seq. p. 959. seqq.

Tres Sententiæ conformes excludunt appellationem. vid. *Appellatio.*

Non tamen officiunt restitutioni in integrum. p. 983. seq.

Sententia lata à Collegio juridico quod jam ante in causa responderat an nulla sit? p. 1076. n. 95.

Servare.

Servare in Jure quid denotet? p. 1253 seq.

Ser-

Servitus.

Servitus non omnis individua est. p. 165. & 166. §. 15.

Servitutes reales non ad beneplacitum constitui possunt. p. 797. an res dubia capienda pro beneplacito, an servitutis constitutione? p. 798.

Servus.

Servo cum Domino regulariter nulla Juris Civilis actio esse potest. p. 1278.

Simulatio.

Ex contractu simulato agenti juste opponitur exceptio simulationis, quæ differt ab Exceptione doli. p. 1301. seq. varii simulationis modi p. ead. seqq. cui hæc Exceptio competat? p. 1304.

Simultaneum.

Simultaneum ab Evangelicis impugnatum, à Catholicis defensum. p. 420. seqq.

Societas.

Societas Leonina Jure non permissa. p. 1361.

Speculum.

Speculum Saxonicum & Suevicum in decidendis Controversiis præferenda Juri Romano & Canonico. p. 542. prius in terris Magdeburgicis usitatum. p. 1480.

Spiritualia.

Spiritualia in possessorio coram judice seculari tractari poterunt, non vero in petitorio. p. 312. 313.

Sponsalia.

Sponsalia licet jurata dissolvi possunt. p. 851. seq. quomodo rite contrahantur? p. 1190. seq. vid. *Jocus.*

Sponsio.

Sponsiones, si nil in se contineant turpitudinis, subsistunt. 1211. 1338. seq. ab iis captatoria verba abesse debent. p. 1212.

Status rei mutati Exceptio.

Status rei mutati Exceptio etiam officit juramento super aliqua re præstito. p. 873.

Statutum.

Juramentum contra Statutum factum nullius valoris est. p. 844. seq.

Stipulatio.

Stipulatio quando valida aut invalida. p. 1353. seq. p. 1368.

Stipulationes inutiles per accedens juramentum nihilo magis convalidantur. p. 374.

Stockmanns.

Stockmanns (Petri) Tr. qui inscribitur defensio Belgarum contra Evocationes. p. 1374.

Studiosi.

Studiosi num comprehendantur sub personis miserabilibus. p. 338. seq.

Subditi.

Subditi contra Dominum Territorii agere possunt, ob Pacem Religiosam violatam. p. 471. seq.

Subditi à Domino ad onera insolita coacti, murmuratione sua eorum præscriptionem impediunt. 521. seqq. licet eas ad evitandum majus malum præstent. p. 525. adeo ut ne quidem ad manutentionem in possessorio summariissimo, possessio Dominis prosit. p. 527.

Subditi nonnullibi Jure & ñ æstimantur qui bona tantum in territorio possident, nec actu ibi commorantur. p. 540. seq.

Subditi Magistratum vim lethalem injustam extrajudicialiter inferentem, licite interimunt. p. 568. seq.

Successio.

Pacta de succedendo de hæreditate viventis & non consentientis inita, contra bonos mores sunt. p. 854. seq. p. 1312. seqq. moribus sustinentur. p. 1314. Pacta vero de consentientis hæreditate conflata, utique tenent. p. 855. seq.

Successor in regno, num teneatur satisfacere pactis Antecessorum. p. 1308. seqq.

Pacta familiæ non indigent aliquo, de quo quis testari possit. p. 800. §. 4.

Summum Imperium.

Summum Imperium definitur. p. 377. non ad sola secularia pertinet, sed etiam ad Ecclesiastica, p. 274. seqq. Juris Sacrorum causa non recte dicitur divisum esse in potestatem Principis & Episcopi. p. 305. p. 385. num cum munere pastorali in una eademque persona stare possit? p. 378.

Superioritas Territorialis.

Superioritas Territorialis definitur. p. 377. seq.

Supplicatio.

Supplicationis remedium. p. 954. si tres conformes sententiæ adsint, negatur. p. 973. seq.

Supplicium.

Supplicium. Vid. verb. *Executio.*

Suspi-

Suspicio.

Suspicio facti aliquando idem in Jure est atque factum ipsum. p. 855.

Susurratio.

Susurratio quid? p. 494. seq.

Syndicus.

Syndicus in agendis causis pro universitate non necessario requiritur, nisi pars adversa id urgeat. p. 666. §. 5. quando novo indigeat mandato? p. 677. §. 7. an possit Procuratorem constituere? p. 682. quo modo eligatur & se legitime electum probet? p. 688. seq. non potest constitui ad lites futuras. p. 709. seq. mandatum ejus quomodo fiat? p. 724. si sit membrum universitatis, de rato cavens ad agendum admittitur. p 728. sq. Clausula Renunciationis beneficii divisionis & Excussionis in Syndicatu necessaria. p. 734. sq. Syndicus in iis omnibus speciale mandatum habere debet, in quibus eo eget Procurator p. 737. quam differat à Procuratore in criminalibus. p. 731. seq. Jure Saxonico ad jurandum nomine Collegii non admittitur. p. 748. §. 31.

T.

Tacens.

Tacens pro consentiente non habetur, si agatur de eo obligando, p. 914. n. 30.

Territorium.

Territorium quid denotet? p. 246. §. 1.

Testamentum.

Testamentum mutuum sive reciprocum semper retractari potest, ab uno aut altero illud condentium. p. 802. sq. Cautelæ quibus efficiatur, quominus revocare liceat. p. 802. seqq.

Testamentum licet juramento firmatum, revocari potest. p. 862.

Testamenti inofficiosi actio & Exceptio non differunt. p. 88. th. 2. quomodo caute elidantur? p. 89. th. 2.

Exceptio nullitatis testamento opposita, cujus effectus sit? ead. p. 88. th. 2.

Testamentum admittit reservationem. p. 800.

In testamentis utilis est reservatio beneplaciti de retractando. p. 801. seqq. de beneplacito tertii iis adjecto. p. 804. seq.

Testis.

Testes alias suspecti aut non habiles, admittuntur pro defendenda innocentia in criminalibus. p. 578. §. 39. nisi alii queant haberi. Ib.

Tortura.

Num sufficiens ad eam indicium sit, si quis patratori sceleris admurmuraverit aliquid ante commissum delictum? p. 494. potest applicari ei, qui homicidium confessus, aggressionem defuncti probare nequit. p. 580.

Transactio.

Transactio num fiat à Procuratore absque speciali mandato? p. 740.

Transactionem potest & Judex imperare, aut vero partes per indirectum ad eam cogere. p. 1044. seqq.

Transitus.

Transitus per alienum Territorium cum delinquente non sine venia fit. p. 269. seqq.

Tributa.

Tributa pro observantia imponenda, neque quisquam insolitis gravandus. p. 529. seq. ut recte imponantur varii modi inprimis jurata professio recepta. p. 530. eorum causa Jus retentionis competit fisco. p. 1006. seq.

Triplicatio.

Ejus definitio. p. 5. n. 12.

Tutela.

Tutela materna est irregularis. p. 1113.

Tutor.

Tutor præcise rationem reddere tenetur, ubi tutelam gessit. p. 235. 236. p. 243. §. 2. p. 244. §. 3. p. 311. §. 11. Vid. *Curator.* Tutor ad rationes reddendas adeo obligatur, ut retentionis Juri adversus eum locus si eas differat. p. 1007. sq. matri tutrici hoc in casu dos retinetur. Ib. quomodo & quando rationes reddere teneatur secundum Jus Civile & Canonicum. p. 1110. seq. Tutor Electoralis etiam ad reddendas rationes tenetur. p. 1112.

Tutor res pupillorum aut minorum alienare nequit. p. 1342. seq.

Tutor Clericus in foro Laico convenitur. p. 311. §. 11. vid. *Curator.*

Vaga-

U.

Vagabundus.

Vagabundus quis dicatur? p. 156. §. 11. si crimen admiserat secundum veriorem sententiam ad locum delicti commissi remittendus veniebat. Ib.

Vasallus.

Vasallus Dominum prævio moderamine inculpatæ tutelæ occidens, feudo non privatur. p. 573. seq.

Vasalli Saxonici etiam subditi sunt. p. 1447. seqq.

Vectigal.

Vectigalia nemo in Imperio pro lubitu suo instituere potest. p. 785.

Vellejanum SenatusConsultum.

Vellejani SCti Exceptio rei cohæret, nec personalis dici potest. p. 7. n. 6. seqq.

SCti Vellejani beneficio renunciari non potest, ne quidem jurato, nisi mulier certiorata. p. 861.

Ejus origo & introducendi causa p. 1267. seq.

Venditor.

Venditor rem à se venditam evincere conans tenetur actione ex stipulatu ad duplum & Exceptione doli, elective. p. 73.

Vidua.

Viduæ sunt miserabiles personæ. p. 332. seq.

Vis.

Vi & metu extorta Juramenta num valida sint? p. 845. seqq.

Virgo.

Virgines an sub viduis comprehendantur? p. 335. seq. §. 11. num pudicitiam morte vindicare possint? p. 571.

Visitatio.

Visitationes Ecclesiarum à Principe ordinandæ. p. 398.

Vita.

Vitæ suæ nemo potest vim inferre. p. 1137. seqq.

Universitas.

Universitates licet piæ causæ, tamen non fruuntur privilegio L. unic. Cod. quando Imp. inter pupillos. p. 348. Universitates non moriuntur p. 677. Universitates quomodo procuratores & Syndicos constituant? p. 688. seq.

Ultima voluntas.

Ultima voluntas non declaratur per nudam promiſſionem hereditatis aut litteras. p. 1218. ne quidem à militibus, p. 1219. ſed neceſſe eſt conſtet de mente teſtatoris. Ib.

Teſtatores à joco abſtineant, ſi velint teſtamenta ſua valere. p. 1220. ſeq. quid de conditione impoſſibili? p. 1222. ſeq.

Uſurare.

Uſuraria pravitas in Saxonia Electorali graviſſime coercita. p. 600. quomodo in Imperio? p. 894. ſeq. credito ob uſurariam pravitatem fiſco addicto, quid debitor ſolvere debeat? Ib.

Uſurarius non eſt qui debitum non in continenti ſed ſtatutis terminis debitum, præſente pecunia minoris comparat. p. 916. ſeqq. Uſurarium pactum non valet. p. 1333. ſeqq. aliæ pœnæ. Ib.

Uxor.

Uxor ſequi maritum tenetur ſi ex ſontica cauſa locum mutet, licet aliud reſervaverit. p. 793. gaudet Jure Retentionis pro dote & alimentis. p. 1011. ſeqq.

Z.

Zieglerus.

Zieglerus refutatur. p. 276. ſeq.

511896 D

Digitized by Google

Digitized by Google

B.17.5.26
B.N.C.F.
Digitized by Google

Digitized by Google